﴿ الجزء الخامس عشر من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القسمة

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشتهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم بين الصحابة رضوان الله عليهم وقسمة المواريث وغير ذلك والناس يتعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما تجب بعد طلب بعض الشركاء لان كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أي يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته الى ذلك وفي القسمة شيئان المعادلة في المنفعة وتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وهي تتنوع نوعين أحدهما تمييز محض وهو القسمة في المكيلات والموزونات ولهذا ينفرد بعض الشركاء حتى أن المكيل والموزون من جنس واحد اذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مرابحة على نصف الثمن ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فانما يتميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما نصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث بشير بن يسار عن رسول الله صلى الله عليه أنه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله

صلى الله عليه وسلم ونوائبه واعلم أن خيبر كانت ستة حصون الشق والنطاة والكتيبة والسلاليم والقموص والوطيخة الا أن الاموال والمزارع كانت فى ثلاثة حصون منها والنسق والنطاة والكتيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ما روى ان كنانة من أبى الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف فى المغازى فما افتتح منها كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا فانهم انما خرجوا لما وقع فى قلوبهم من الرعب وقد خص الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالنصرة بالقاء الرعب فى قلوب أعدائه قال صلى الله عليه وسلم نصرت بالرعب مسيرة شهر والى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على رسوله منهم الى قوله ولكن الله يسلط رسله على من يشاء فجمع رسول الله صلى عليه وسلم تلك الحصة مع الخمس فى الشطر وقسم الشطر بين الغانمين وقد فسر ذلك محمد بن اسحاق والكلبي على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهما جميعا وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل مائتى فرس وكان على كل مائة رجل فكان على رضى الله عنه على مائة وكان عبيد السهام على مائة وكان عاصم بن عدى رضى الله عنه على مائة وكان القاسم فى النسق والنطاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلي الله عليه وسلم وعطاياه وكان أول سهم خرج من النسق سهم عاصم رضي الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث الي آخره فهذا الحديث يبين معنى الحديث الاول ففى الحديث الاول ذكر الشطرين وأن أصل القسمة كانت على ستة وثلاثين سهما وفى الحديث الآخر ذكر مقدار ما قسم بين الغانمين انه قسم علي ثمانية عشر سهما وفيه دليل علي أن للإمام في المغانم قسمين قسمة علي العرفاء وأصحاب الرايات وقسمة أخرى علي الرؤس الذين هم تحت كل راية وانما يفعل ذلك لان اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فانه لو قسم ابتداء علي الرؤس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة ثم لم يجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم باسم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم بن عاصم ابن عدى رضي الله عنه فقيل أنه تواضع بذلك وقيل انما فعل ذلك لانه ما كان يساوى اسمه اسم في المزاحمه عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدي رضى الله عنه أولا لان فيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن العرافة مذمومة فى الجملة فيتحرز من ذلك فان فى الجهاد وقسمة الغنائم العرافة غير مذمومة (ألا ترى) انه

اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلى وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد فى أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لانه قال وكانت الرجال ألفا وربعمائه والخيل ربعمائة فرس فعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة يقول المراد بالرجال الرجالة قال الله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر والمراد بالخيل الفرسان يقال عارت الخيل قال الله وأجلب عليهم بخيلك ورجلك أى بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وانه أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل انه لا بأس باستعمال القرعة فى القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة مع نهيه صلوات الله عليه عن القمار فدل ان استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه الله انه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلى بالقضاء وكان صاحب يسار فالاولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وان كان لو أخذ جاز له وبيانه بما روى عن عمر رضى الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضى المسلمين أجرا ولا الذى على الغنائم ولا الذى على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز ولا يستوجب الاجر على القضاء وان شرط ولكن مراده الكفالة التى يأخذها القاضى من بيت المال فالمستحب له عند الاستغناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف وقد بينا الكلام فى هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضى والذى على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من وجه كالقاضي لانه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضى فى الحكم حتى يجوز استئجاره على ذلك ان لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث اذا كان له نصيب فى ذلك فاستئجار أحد الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استئجار القاضي على القضاء ذكر عن يحيى بن جزار ان عبد الله بن يحيى كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضى وجواز الاستئجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضاء وعن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه الى اليمين فاتى بركاز فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابنى فاقرع بينهم وقضى بالغلام للذى خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوى فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أدرى أما حكم الخمس فى الركاز فقد بيناه

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعي رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث في المصير الى القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه ولسنا نأخذ بذلك ان فعله هذا كان بعد حرمة القمار أم قبله وانه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضي به أولم يرض عليه ثم لعل القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة ليطيب القلوب وانما رجحه في القضاء لترجيح في حجته من يد أو غيره وقوله فقضى للذي خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لالأن الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضي لصاحب الطيلسان وماذكر في آخره من انه جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحي الحر لا يتقوم بالدية وان كان هذا الغلام مملوكا لهم أومن جارية مشتركة بينهم فاقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فان الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته في الموضع الذي يجب كاحد الشركاء في العبد اذا قبله الا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال لا أدوى فكأنه لم يتكلف لذلك لعمله ان هذا ليس بحكم مأخوذ به فبهذا يتبين ضعف هذا الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن إسماعيل بن ابراهيم قال خاصمت أخي الى الشعبي في دار صغيرة أريد قسمتها ويأبى ذلك فقال الشعبي رضى الله عنه لو كانت مثل هذه وخط بيده مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضي يقسم المشترك عند طلب بعض الشركاء وان أبى ذلك بعضهم لان الذى طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي يتعنت وانما يبنى القاضي قضاءه على التماس المتظلم الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء لان الطالب هنا متعنة فانه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي في مقدار آجرة خطها على الارض قسمتها بينكم على وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في دار الذى يأبى القسمة منهما فيما يحتمل لان مقدا الآجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم من بنى مسجدا لله كمفحص قطاه بنى الله له بيتا في الجنة والمسجد لا يكون كمفحص القطاة وانما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل وقال أبو حنيفة رحمه الله أجرة القسام اذا استأجره الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لا على مقدار الانصباء وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله على مقدار الانصباء ويستوي في ذلك قاسم القاضي وغيره وهو رواية عن أبي

حنيفة رحمه الله وجه قولهم أن هـذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم علي وجه النفقة علي قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيال والوزان ان استأجروه ليفعل ذلك فيما هو مشترك بينهم وهذا لان المقصود بها بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أولان الغرم مقابل بالغنم ثم الغنم بين الشركاء علي قدر الملك يعني الثمار والاولاد فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك ولابي حنيفة رضى الله عنه أن عمله لهم سواء وانما يستحق الاجر بذلك فيكون الأجر عليهم بالتسوية كما اذا استوت الانصباء وبيان الوصف أن القسام لايستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي علي الحدود فانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لايستوجب الاجر بالقسمة وهي تمييز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم فى ذلك فكما يميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل يميز نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله فى نصيب صاحب القليل أكبر والحساب لا يدق اذا استوت الانصباء وانما يدق عند تفاوت الانصباء وتزداد دقته بقلة بعض الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أسوأ من تمييز نصيب صاحب الكبير ولكن لايعتبر ذلك لان التمييز حصل بعمل واحد وهما فى ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لابقاء الملك وحاجة الكبير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر لان ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الاجر به فاما أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا هو علي الخلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام والاصح أن أبا حنيفة رضى الله عنه يفرق بينهما فنقول هنا انما لا يستوجب الأجر بعمله فى الكيل والوزن ألا تري أنه لو استعان فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام فذكر أن الاولى أن يجعل لقاسم الارضين رزقا من بيت المال حتى لا يأخذ من الناس شيئا وان لم يجعل رزقا له وقسم بالاجر فهو جائز لان القسمة ليست كعمل القضاء فالقضاء فرض هو عبادة والقاضي فى ذلك نائب عن رسول الله صلي الله عليه وسلم والقسمة

ليست من ذلك في شيء ولكنها تتصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فمن هذا الوجه القسام نائب عن القاضي فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن حيث ان عمله ليس من القضاء في شيء يجوز له أخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب للقاضي في ذلك وقد قررنا هذا في أدب القاضي وكذلك ماذكر بعده من حديث شريح رحمه الله ومالى لا أرتزق استوفى منهم وأوفيهم أصبر لهم نفسي في المجلس وأعدل بينهم في القضاء فقد بينا ان شريحا رحمه الله كان يأخذ كفايته من بيت المال على ماروى ان عمر رضي الله عنه كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده على رضى الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في كل شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الاجر وقال له احتسب فقال شريح في جوابه ما قال ومراده انى فرغت نفسي عن أشغالي لعمل المسلمين فآخذ كفايتي من مال المسلمين وكأنه بهذا الكلام أشار الى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات للعاملين عليها فانهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية في مال الفقراء وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي أن رسول الله صلي الله عليه وسلم كان اذا سافر أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها فاصابتنى القرعة في السفرة التى أصابني فيها ما أصابني تريد به حديث الافك واعلم بان المرأة لاحق لها في القسم عند سفر الزوج فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطييبا لقلوبهن فاستعمال القرعة في مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع رحمهم الله وبهذا الحديث قلنا اذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لابدائه بالقسم لان له أن يبدأ بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وانما أورد الحديث للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن يستعمل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم القاضي وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم لانه في معنى القمار فانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في معنى الاستقسام بالازلام الذي كان يعادة أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك انه رجس وفسق ولكنا تركنا بالسنة والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ثم هذا ليس في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب الى مالا يليق بالانبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم عليها السلام الى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لان خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ثم ان كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت الى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة وان كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك الا اذا خرجت السهام كلها الا واحدا لان التمييز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الايجاب قبل قبول المشترى فاما اذا خرج جميع السهام الا واحدا فقد تمت القسمة لان نصيب ذلك الواحد تعين خرج أو لم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة ه‍ دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضا على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لانه يعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصة تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فان مقدم الدار يرغب فيه مالا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وان قتسموا الارض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضي لا يشكل وكذلك اذا قضي القاضي به لان المعادلة في الارض باعتبار المساحة تتيسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الابنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون أعدل واذا جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وان كان البناء حين اقتسموا الارض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لان البناء والارض تتناولهما قسمة واحدة واذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الارض أيضا كما هو الاصل في العقد

الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد فى الكل ولكنا استحسنا وجوزنا هذا لمعنيين (أحدهما) أنهم ميزوا البناء عن الارض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما فى طريق القسمة فاعتبروا فى الارض المعادلة فى المساحة وفى البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفى ذلك تصح القسمة فى احديهما قبل ظهور المساحة فى الاخرى فكذلك هنا تجوز القسمة فى الارض قبل أن يظهر قيمة البناء (والثانى) أن حكم القسمة فى الارض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمه فيها على معرفة قيمة البناء وقسمتها بالقيمة لا تتم القسمة الا بعد ظهور المعادلة فى الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وانما يعتبر حال تمام العقد واذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمنا واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراضى منهم لم يمنعهم القاضى من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقى فى أيديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا فى ذلك ببيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة وان سألوا القاضى أن يقسمها بينهم فان أبا حنيفة قال القاضى لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى تقوم البينة على أصل الميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن فى يده شيء فقوله مقبول فيه مالم يحضر خصم ينازعه فى ذلك وليس هنا خصم ينازعهم فلا حاجة لهم الى اقامة البينة لاثبات ملكهم فيها واذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم انما سألوا القاضى أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم الى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمها القاضى بطلبهم وأشهدوا أنه قضي بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسي يحضر فيدعى لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت فى أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي باقرارهم واشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك فى العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان فى أيديهم دار فاقروا أنها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضى قسمتها أجابهم القاضي الى ذلك بهذا الطريق فكذلك فى الميراث اذ لا فرق بينهما لانهم فى الموضعين أقروا بأصل الملك لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك اليهم بسبب محتمل مشروع فاذا جاز له أن يعتمد القسمة

على قولهم فكذلك في الشراء وكذلك في الميراث ولابي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما على قولهم في أن قضاء القاضي هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين (أحدهما) أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ان حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت بقطع حقه (والثاني) ان القاضي يثبت له الولاية على الميت في تركته فيما يرجع الى النظر وينفذ تصرفه اليه اذا كان فيه نظر للميت فهم يخبرون القاضي بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع الى النظر وذلك أمر وراء ما في أيديهم فلا يكون قولهم في ذلك حجة فيكلفهم اقامة البينة على ذلك وتقبل هذه البينة من غير خصم لانها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضي في حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما اذا اقتسموا بانفسهم لان فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض لان معنى النظر للميت هناك في القسمة من وجهين (أحدهما) أن العروض يخشى عليها التوى والتلف وفي القسمة تحصين وحفظا لها فاما العقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف ففي القسمة قضاء على الميت بقطع حقه عنها (والثاني) ان في العروض ما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض في حق غيرهم ففي جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد في العقار فانها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا بخلاف ما زعموا انها مملوكة لهم لان القضاء بالقسمة هناك لا يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذ لم يثبت فيها أصل الملك لغيرهم فاما في الشراء فقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله في غير الاصول أن القاضي لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا الطريق نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمة في المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع بخلاف الميراث ولانه لا يثبت للقاضي الولاية على الغائب بالتصرف في أمواله فهم ما أخبروا القاضي بثبوت ولايته على البائع الغائب بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الآخر لابي حنيفة أنه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضي بموت المورث ويتعلق بموته أحكام غير مقصودة على ما في أيديهم من وقوع التفريق بينه وبين زوجته وعتق أمهات أولاده ومدبراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة في شئ

من ذلك فلا يشتغل القاضي بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك (ألا ترى) ان القسمة فى العروض تجرى بين المودعين للحفظ فلا يتضمن القضاء بموته فاما فى العقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك الا بعد القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ في مسئلة الشراء برواية النوادر لانه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم ليس بحجة عليه ولئن سلمنا فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك نائبا فى حقهم باقرارهم بخلاف الميراث واذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار فى أيدى الكبار الحضور فكذلك الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضى بينهم حتى تقوم البينة على أصول المواريث لانها لما لم يقسم فى الفصل الاول مع أن الورثة كلهم كبار حضور ففى هذا الفصل أولى أن لا يقسم لان فى قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلي قول أبى يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها باقرار الحضور الكبار وان الغائب والصغير على حجتهما كما فى الفصل الاول لان الدار كلها فى يد الكبار الحضور وليس فى هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب باخراج شيء من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض نظر فى حق الغائب والصغير وللقاضى هذه الولاية وان كان شيء من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير أودع ما كان فى يده منها رجلا حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضى أن يقضي على الغائب بحضور أمينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضى لانها تقوم لاثبات ولاية القاضى فى تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت فى الميراث فينتصبون خصما عنه وينصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون وقل ما يحضرون فلو لم يقبل القاضى البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر والضرر مدفوع وكذلك اذا حضر القاضي اثنان من الورثة والعقار فى أيديهما وأقاما البينة على أصل الميراث فان القاضي يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه لانه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن نفسه

فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه واذا كان الحاضر واحدا لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لانه ليس معه خصم فان الحاضر لو كان خصما عن نفسه فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وان كان هـذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثانى أن الحاضر اذا كان واحدا فهو غير متظلم فى طلب القسمة ولا طالب للانصاف اذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضي أقسمها بيننا لكيلا ينتفع بملكي غيرى فاذا حضر اثنان فكل واحد منهما يطلب القسمة ليسأل القاضى أن يمنع صاحبه من الانتفاع بنصيبه وذلك مستقيم وان كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لان للقاضى ولاية النظر للصبي في نصيب الوصي ووصى الصغير قائم مقام الصغير فكانه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ ويأمر بالقسمة باعتبار أنه يجعل احدهما مدعيا والآخر مدعى عليه واحدهما خصما عن نفسه والآخر عن الميت والغائب وان كان العقار شراء بينهم ومنهم غائب لم أقسمها بينهم وان أقاموا البينة على الشراء حتي يحضر الغائب لان فى الميراث انما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد فى الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولان الحاضر من المسيرين لا ينتصب خصما عن الغائب لان النائب بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره فى نصيبه ولا يجوز القضاء على الغائب بالبينة اذا لم يكن عنه خصم حاضر فاما فى الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث وانما ينسب اليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهذا يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح اقالتهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما عن البعض فى ذلك لاتحاد السبب فى حقهم وهو الخلافة عن الميت واذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصي له بالثلث القسمة وأقام البينة على المواريث والوصية فان الدار تقسم على ذلك لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصى له بذلك عليهم واذا قبلت بينته قسمت الدار بينهم على ذلك ولو أن بيتا فى دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه اذا قسم لم يقسمه القاضى بينهما لان الطالب للقسمة بينهما متعنت فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب

منهما انما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجيبه القاضى الى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لان فى قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك الى كل واحد من الشركاء وفى الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه القاضى بينهم لانه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضى لم يمنعهم من ذلك لانهم لو أقدموا على اتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك فى الحكم فكذلك اذا تراضوا القسمة فيما بينهم فان كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به اذا قسم فاراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وان أبى ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك ان كان سائر الشركاء لا ينتفعون بانصبائهم الا هذا الواحد الطالب للقسمة فانه يقسمها بينهم وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها اذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها عند اباء بعضهم الا اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لان المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها والمعتبر فى القسمة المعادلة بين الشركاء فى المنفعة فاذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضى لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ولنا أن الطالب للقسمة يطلب الانصاف من القاضى ولا يتعنت لانه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للانصاف فعلى القاضى أن يجيبه الى ذلك بخلاف ما اذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لانه متعنت فى طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت بالرد يوضحه أن بعد القسمة وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الاكبر وذلك لا يعتبر فى حق صاحب الكبير فيصير هذا فى حقه وما اذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء والحاكم فى المختصر (قال) اذا كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيهما طلب القسمة وهذا غير صحيح والصحيح أنه انما يقسم اذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ماذكره الحاكم رحمه الله وقال صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير منتفع بالقسمة فيقسمه القاضي بينهم لهذا ولكن الاول أصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضى واتصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة من القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والحر والمملوك وأهل الاسلام وأهل الذمة فى القسمة سواء لانها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها الى منفعة الملك وهم فى ذلك سواء واذ اقتسم الرجلان دارا ورفعا بينهما طريقا فهو جائز لانهما قسما بعض المشترك وبقيا شركتهما فى البعض وهو موضع الطريق فيجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولان المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وانما يتم ذلك اذا رفعا طريقا بينهما وما يرجع الى تتميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا صحتها وان كان نصيب احدهما أكثر من نصيب الآخر ينبغي أن يبين ذلك فى كتاب القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لانه بقى فى موضع الطريق ما كان لهما من الشركة فى جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فانما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب القسمة لانهما اذا لم يبينا ذلك فربما يدعي صاحب الاقل المساواة بينهما فى رقبة الطريق ويحتج على ذلك بأنه مساو فى استعماله بالتطرق فيه وانما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغي أن يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما واذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه فى ذلك فاراد أن يمر فى الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له ما أصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر فى البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشترى أن يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك خارج من المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت الا بذكر الحقوق والمرافق فالمقصود بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الآخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل لتميز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل فى البيع

فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصدا ذلك فاما فى القسمة المقصود التميز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التميز فى أن لا يبقى لاحدهما فى نصيب الآخر طريق ميسل ماء ولو لم يكن له مفتتح للطريق ولا مسيل ماء فانه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على طريق سطحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشترى وان كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشتري مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشترى وهذا لانه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فاما فى القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له مفتتحا الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز الا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك علي أنهما قصد ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمها أن القسمة لا تصح بدونهما فى هذا الموضع بخلاف ماسبق توضيحه أن المعتبر في القسمة المعادلة فى المنفعة واذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لايحصل معنى المعادلة فى المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر مهرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لفوات ماهو المقصود وهو المنفعة فان قيل فعلي هذا ينبغى أن يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع بالمستأجر والأجير انما يستوجب الأجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق ولو رفعا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخر فاراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل الطريق

مشترك بينهما وكما أن أسفله ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وانما يريد أن يستوفي حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهناك انما يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا علو له يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم جملة ذرع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد رحمه الله يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفل وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العادات في البلدان فقال انما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء فانه لو أراد أن يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فانه لو أراد أن يبني على علوه علوا آخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبني على علوه اذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما أن لصاحب السفل أن يحفر سردابا في السفل اذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيحصل ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لاثبات هذا الأصل ان صاحب العلو يبني على ملكه كما أن صاحب السفل يتصرف في ملكه واتصال العلو بالسفل كاتصال بيتين متجاورين فلكل واحد منهما أن يتصرف في ملكه على وجه لا يلحق الضرر لصاحبه وأبو حنيفة رحمه الله يقول صاحب السفل بحفر السرداب يتصرف في الارض وهي خالص ملكه وصاحب العلو يحمل ما يبني على حائط السفل أيضا وهو مملوك لصاحب السفل وزيادة البناء تصير بحائط صاحب السفل لا محالة ويتبين ذلك في الثاني ان كان لا يتبين في الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضاء صاحب السفل ومحمد في هذا الفصل وافق أبا يوسف ولكن في القسمة يقول تعتبر القيمة لان العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء تتيسر ولان في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل وهو كذلك

بمكة وبمصر وفي بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل في كل موضع تكثر النداوة في الارض يختار العلو عن السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة فاستحسن القسمة في العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسئلة في فصلين أحدهما أن يكون بينهما سفل علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فاراد القسمة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجعل بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء بيتا اسفله علو وسفل لا علو له بان كان العلو لغيرهم وعلو لا سفل له فعند أبي حنيفة رحمه الله يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلاثة وثلثين ذراعا وثلثا من البيت الكامل وبأزاء مائه ذراع من السفل الذي لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثي ذراعا من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل كما في الفصل الأول وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ومائة ذراع من العلو الذي لا سفل له لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو ومحمد رحمه الله في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى واذا كانت الدور بين قوم فاراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأبى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة ولم يضم بعض انصبائهم الى بعض الا أن يصطلحوا على ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأي في ذلك الى القاضي وينبغي أن ينظر في ذلك فان كانت انصباء أحدهم اذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فيمضي قضاءه على وجه يرى النظر فيه كما يمضي قضاءه في المجتهدات على ما يؤدي اليه اجتهاده ولان الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى والجنس الواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالغنم والثياب الهروية الا أنها تتفاوت منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه تشبه البلدان الاجناس المختلفة فعند تعارض الادلة الرأي للقاضي فيرجح بعضها بطريق النظر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الدور أجناس مختلفه بدليل انها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية حتى اذا تزوج امرأة على دار فهو

بمنزلة مالو تزوجها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكيلا بشراء دار لم يصح التوكيل وبعد اعلام الجنس جهالة الوصف لا تمنع صحة الوكالة فعرفنا أنها أجناس مختلفة والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء علي ذلك وهذا لان في الأجناس المختلفة معنى المعاوضة يغلب علي معنى التمييز والمعاوضة تعتمد التراضي وفي الجنس الواحد معنى التمييز يغلب وذلك داخل تحت ولاية القاضي ففي الدور معنى المعاوضة يغلب لان قبل القسمة يتيقن بان نصيب كل واحد منهم في أمكنة متفرقة فاذا جمعها في مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا قسم كل ذراع علي حدة فمعنى التمييز فيه يغلب لان نصيب كل واحد منهم يكون في أمكنة متفرقة بعد القسمة كما كان قبلها ثم المقصود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الانتفاع بملكه فلا بد من اعتبار المعادلة في المنفعة والتفاوت في المنفعة في الدور تفاوت عظيم فانما يختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال وباختلاف الجيران وبالقرب من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربط والبعد عنه والظاهر أنه يتعذر عليه اعتبار المعادلة في المنفعة اذا قسمها قسمة واحدة وأن قسمة كل دار علي حدة أعدل ثم هي ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت متفرقة أو متلازقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد لانها تتفاوت في منفعة السكنى فالبيت إسم لمسقف واحد له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادة (ألا ترى) انها تؤجر بأجر واحد في كل محلة فتقسم قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة تقسم كل منزلة علي حدة سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أقصاها وبعضها في أدناها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت في منفعة معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فتمضى القسمة علي ذلك ولو اختلفوا في قيمة البناء فقال بعضهم يجعل البناء بذرع من الارض وقال بعضهم يجعلها علي الدراهم والصحيح أن القاضي يجعلها علي الذرع اذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث والثابت للقاضي ولاية قسمة الميراث بينهم فاذا جعل على ذلك الذرع كان ذلك تصرفا في

محل ولايته واذا جعل ذلك علي الدراهم كان ذلك تصرفا منه وراء محل ولايته وربما لا يقدر كل أحد علي تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضى أن يكلفه ذلك توضيحه انه اذا جعل ذلك على الدراهم فالذي وقع البناء فى نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وان كان يخرج فنفس القسمة يتعجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر الى خروج الدين منه فتنعدم المعادلة بذلك واذا جعل ذلك علي الذرع يتعجل وصول نصيب كل واحد منهم اليه ويتم القسمة ولا حق لبعضهم علي بعض فهذا أولى الوجهين واذا تعذر عليه اعتبار المعادلة علي الذرع فله أن يقسم على الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك الا أن يصطلحوا عليه أو تكون الدراهم يسيرة لان في القسمه علي الدراهم محض المعاوضة وهو بيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضى ولاية المعاوضة إلا عند تراضى الخصمين عليه الا أن اليسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة والضرورة فيتعدى اليه حكم ولايته للحاجة وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة تتحقق فى الكثير كما تتحقق فى القليل لان قيمة نصيب أحدهما من البناء ربما يكون أضعاف جميع قيمة الارض فتتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الارض أو يقع جميع الساحة لاحدهما فلا يتمكن صاحب البيت من الانتفاع بالبناء بدون الارض واذا كلف نقل البناء تنقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له أن يجعل القسمة فى البناء على الدراهم وهذا لان ولاية القسمة تثبت له فلا يتعدى فيتعدي ولايته الى مالا يتأتى له القسمة الا به كالجد مع موصي الاب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وان كان التصرف فى المال الي الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف فى المال ثم له ولاية التسمية فى الصداق باعتبار ثبوت الولاية فى التزويج ولو اختلفوا فى الطريق فقال بعضهم يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريقا يفتحه فى نصيبه قسمه بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بينهم لان المقصود بالقسمة توفير المنفعة علي كل واحد منهم ثم موضع الطريق مشترك بينهم كغيره فاذا كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه فى نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقا بطلب القسمة فى جميع المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة فى المنفعة فيجيبه القاضى الي ما التمس واذا كان لا يستقيم ذلك فى قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة

والقائل لا يرفع طريقا في هـذا الموضـع متعنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطالب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحـد منهم لم يجبه القاضي الى ذلك وان كان فيه منفعة للطالب أجابه القاضى الى ذلك فكذلك اذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا فى سعة الطريق وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى مايكفيهم لان باب الدار متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ثم لافائدة فى جعل الطريق أعرض من باب الدار لانه مالم يدخـل الحمل من باب الدار لايحمله فى ذلك الطريق واذا جعل الطريق أضيق من باب الدار يتضرر به الشركاء ومقصود كل واحد منهم أن يحمل الى مسكنه فى ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار فلهذا يجعـل الطريق بينهم علي عرض الدار وطوله واذا وقع الحائط لاحد القسمين وعليه جزوع للآخر ووقعت القسمة علي أن يكون هكذا أولم يذكرا ذلك فى القسمة فانه يترك على حاله لانه وجـد كذلك عند تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لاحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الاأن يشترط قلع الجذوع عنه فحينئذ يجب الوفاء به للحديث الشرط أملك وكذلك لوكان أزج وقع على حائط على هـذه الصفة أودرجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جـذوع وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف علي نصيب الآخر فاراد صاحب السفل أن يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الاشياء تجوز أن تكون مستحقا لانسان فى حائط غيره فاذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك ألاترى انه لوأصاب أحدهما بيت علو والآخر السفل لم يكن لصاحب السفل أن يهدم العلو فاما اذا وقعت الساحة لاحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخصة فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن يقطع ذلك لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لانسان فى ساحة غيره وان كان بحيث لايمكن البناء عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أوتفريغ هواء الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لايجوز أن يكون حقا مستحقا له في ملك الغير اذهو لاينتفع به من حيث البناء عليه ولو وقعت شجرة فى نصيب أحدهما وأغصانها متدلية الى نصيب الآخر فقد ذكر فى رستم عن محمد رحمه الله ان له ان يجبره علي قطع تلك الاغصان وهذا مما لا يستحق اقراره فى ملك الغير بسبب من الاسباب وذكر فى سماعة عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق

الشجرة باغصانها فترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الازج والدرجة
واذا أصاب رجلا مقصورة من الدار وأصاب من الآخر منزل طريق علو هذا المنزل في
هذه المقصورة ولم يذكروا ذلك عند القسمة فلا طريق له فى المقصورة لانه يقدر على أن يجعل
طريقه فى حقه من غير ضرر والقسمة لتميز نصيب احدهما من نصيب الآخر وتمام التميز
اذا لم يبق لاحدهما حق فى نصيب الآخر فاذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء القسمة
عليه واذا أصاب احدهما قسمة ساحة فى القسمة وأراد أن يبنى فيها ويرفع بناء وأراد الآخر
منعه وقال انك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء مابدا له لان الساحة ما لكه والساحة
حق خالص له وللانسان أن يتصرف فى ملك نفسه بما يبدوا له وليس للجار ان يمنعه عن
ذلك وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لانه يتصرف فى خالص ملكه أرأيت لو
أراد أن يجعل فيها رحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن من
تصرف فى خالص ملكه لم يمنع منه فى الحكم وان كان يؤدى الى الحاق الضرر بالغير ألا ترى
أن من اتجر فى حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة وان أصحاب
الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها
فى حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك وللانسان أن يسقى أرضه وليس لجاره أن
يمنعه من ذلك مخافة أن يقل ماء بئره فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه.
وان كف عما يؤذي جاره كان أحسن له قال صلي الله عليه وسلم مازال جبريل عليه السلام
يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق دينا ولكنه لايجبر
علي ذلك فى الحكم والحيلة للجار أن يتصرف في ملك على وجه يدفع به ضرورة عن
نفسه ويحول بينه وبين مقصوده علي ما حكى أن رجلا جاء الى أبى حنيفة رضى الله عنه فقال
أن جارى اتخذ مجمدة بجنب حائطى فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو مايجمع
من الجمد وعلى هذا قال في الكتاب لو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة فتأذى
بذلك صاحب الساحة فليس له أن يمنعه من ذلك لان اتخاذ الباب والكوة يرفع نقص
الحائط ولو رفع جميع البناء لم يكن للآخر أن يمنعه منه فلهذا أولى ولكنه يبنى فى ملكه
مايستره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين
والجارين ولو اتخذ رجل بئرا فى ملكه كرياسا أو بالوعة أو بئر ماء فنز منها حائط جاره وطلب

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه فى خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير متعدى فى هذا السبب والمسبب اذا كان غير متعدى في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لو سقط انسان فى بئره هذا واذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوقع لاحدهما حائط للظاهر منه على آجرتين وأسه على أربع وقد دخل فى نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا آخذ من نصيبك مادخل فيه من أس حائطى لم يكن له ذلك واعاله ماظهر من الحائط على وجه الارض لانه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الارض فاما الاس الذى ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الارض فهو أرض لاحائط والارض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط انما يستحقه حريما لحائطه وليس للحائط حريم واذا قسم الشريكان دارا أودارين بينهما لم يكن للجار في ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار ألاترى ان احدهما لو باع نصيبه من صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم فى دار واحدة معنى التمييز فى القسمة تغلب علي معنى المعاوضة والشفعة تختص بمعاوضة مال بمال واذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد ذلك فان كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لاتستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم أقسمه ثم لان فى القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة علي كل واحد منهما لاتفويتها واذا اصطلح الرجلان فى القسمة على ان أخذ أحدهما دارا والآخر منزلا فى دار أخري أوعلى ان أخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أوعلى ان أجر كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة أوعلي أن أخذ أحدهما دارا والآخر عبدا أوما اشبهه ذلك من الاصطلاح فى الاجناس المختلفة فذلك جائز لان هذه معاوضة تجرى بينهما بالتراضي ولاربا فى شئ مما تناوله تصرفه ولو اصطلحا فى دار واحدة على أن يأخذ أحدهما الارض كلها والآخر البناء كله فهو جائز للتراضى فان الارض والبناء كل واحد منهما مال متقوم مبادلة نصيب احدهما من الارض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط على أن يكون البناء له ينقضه وتكون الارض للآخر فهو جائز وان اشترط أن لايقلع بناءه فهذا فاسد لان صاحب الارض لايتوصل بهذه القسمة الي الانتفاع بالأرض ولان هذا فى معنى بيع شرط فيه اعارة أو اجارة فان صاحب البناء لما شرط ترك البناء فى أرض الآخر فان كان بمقابلة هذا الترك شئ من العوض

فهو اجارة فاسدة شرطت فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من العوض فهو اعارة مشروطة فى فى البيع واذا كانت الدار فى طريق ليس بنافذ لها فيه باب فاقتسمها أهلها على أن يفتح كل انسان منهم فى ذلك الزقاق لنفسه فهو جائز وليس لاهل الزقاق منعهم من ذلك لان كل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد من الشركاء حق المرور فى هذا الطريق الي أن يتوصل الى ملكه وكل واحد منهم يفتح الباب يريد أن يستوفى حق نفسه ولا يريد الزيادة علي ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها فى دار مشتركة ليس لاهل المقصورة فيها الا طريقهم فاقتسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه فى الدار العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم طريقا واحدا فى موضع معلوم من عرصة الدار فهم يريدون هذه الزيادة فى ذلك بان يجعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لاهل الدار منعهم من ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يمنعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحائط والحائط خالص حقهم وانما يمنعون من التطرق فى غير الموضع المعروف طريقا لهم فى صحن الدار ولكن فى ظاهر الجواب قال يمنعون من فتح الابواب لانهم اذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل واحد منهم بعد تقادم الزمان لهم طريقا خاصا فى صحن الدار ويستدل على ذلك بالباب المركب وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل الحكم به فلهذا منعوا من فتح الابواب ولأهل الدار أن يبنوا ما بدا لهم فى صحن الدار بعد أن يتركوا لهم طريقا واحدا بقدر عرض باب الدار العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق فيرد عليه ما وراء ذلك الموضع وما سوى ذلك من صحن الدار فهو ملك خاص لاهل الدار فلهم ان يبنوا فيها ماأحبوا ويفتح أهل المقصورة مابدا لهم من الابواب فى ذلك الموضع لانهم بفتح هذه الابواب لا يبنون لانفسهم زيادة على مقدار حقهم وان كان لاهل هذه المقصورة دارا أخرى الى جنب هذه المقصورة فوقعت هذه الدار فى قسم رجل منهم فاراد أن يفتح بابا فى هذا الطرق المرفوع بينهم فليس له ذلك لانه لا طريق لهذه الدار فيها فسا كنها يريد اثبات طريق لنفسه فى طريق مشترك الشركه فيها خاصة والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يمكن من احداث طريق لنفسه فى ملك الغير فكذلك فى الطريق الخاص وان اشترى الذى اصابته المقصورة هذه الدار فاراد أن يجعل طريقها فى

مقصورته ثم يمر في ذلك الطريق المشترك فله اذ كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل في حكم منزل واحدوان كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار أن يتطرق في هذا الطريق من داره فكذلك لا يكون له أن يتطرق فيه من المقصورة لان اصاحب المقصورة أن يرضى بتطرقه فاهو خالص ملكه وهو المقصورة ولا يعتبر رضاه بذلك في ملك الغير وهو الطريق وفرق بين هذا وبين الشرب فان من له أرض بجنب نهر شربها من ذلك النهر اذا اشترى بجنب أرضه أرضا أخرى وأراد أن يسقي الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الماء في أرضه لم يكن له ذلك وفي الطريق له ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا لان هناك يستوفي من الماء فوق حقه فان حقه في هذا النهر مقدار ما يسقى به أرضه فاذا سقى به أرضين فهو يستوفي أكثر من حقه فيمنع من ذلك وفي الطريق هو الذى يتطرق سواء دخل المقصورة فقط أو يحول من المقصورة الى الدار فلهذا لا يمنع من ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا واذا اقتسم الرجلان دارا فأخذ أحدهما طائفة وفي نصيب الآخر ظلة على الطريق وكنيف شارع فالقسمة في هذا كالبيع وقد بينا في كتاب الشفعة ان كنيف الشارع يدخل في بيع الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر والظلة عند أبي حنيفة لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يدخل اذا كان مفتحها في الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر فكذلك في القسمة فان هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء بالقسمة أما الارض من طريق المسلمين وانما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشترك البناء دون الارض ولا يرجع على شريكه بشيء لانهما كانا يعلمان أن الظلة على الطريق فان لهم منها نفس البناء لا حق القرار وذلك سالم له واذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما اذا أحدهما لا طريق له ولا يقدر على طريق فالقسمة مردودة لانها وقعت على الضرر والمقصود تحصين كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع ملك المنفعة عنه وقد تبين أن في هذه القسمة قطع منفعة الملك عن أحدهما فكانت مردودة وان كان له حائط يقدر على أن يفتح بابا يمر فيه رجل ولا تمر فيه الحمولة فالقسمة جائزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق اليه من هذا الجانب فالأصل في الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الحمولة فيه لا يكون الا نادرا وبتعذر ذلك لا يمتنع عليه استيفاء ما هو المقصود وان كانت بحيث لا يمر فيه رجل فليس هذا بطريق ولا تجوز القسمة

لما فيها من قطع منفعة الملك عن احدهما وان كان اقتسما على أن لا طريق لفلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لانه رضي بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر واذا اقتسما دارا على أن يستوفى أحدهما من الآخر دارا له بالف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لان فيها معنى البيع واشتراط هذا في البيع مبطل له لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وكذلك كل قسمة على شرط هبة أوصدقة فهى فاسدة كالبيع وكذلك كل شراء على شرط قسمته فهو باطل لان اشتراط القسمة فى الشراء كاشتراط الشراء فى القسمة واذا كانت القسمة على أن يزيد شيئا معروفا فهو جائز لانه لو شرط في البيع زيادة فى الثمن مقدار مسمى أو زيادة فى المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة والله أعلم

باب قسمة الدور بالدراهم يريدها

(قال رحمه الله أحدهما واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز) لان فى حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان الى ذلك عادة الا أن القاضى لايفعله الا عند الضرورة فاما اذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل مايصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه فى هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معينا أو موصوفا مؤجلا أو حالا يجوز استحقاقه عوضا فى البيع فكذلك في القسمة فان كان لشيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الايفاء فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كما فى السلم والاجارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان بينا للتسليم مكانا جاز ذلك وان لم يبينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغى فى القياس أن يتعين موضع العقد كما فى السلم عندهما ولكنهما استحسنا فقالا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما فى الاجارة عندهما يتعين موضع الدار لا موضع العقد لان وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزيادة شيئا من الحيوان بعينه فهو جائز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفا كان أو غير موصوف مؤجلا كان أو حالا لان الحيوان لا يستحق فى الذمة عوضا عما هو مال وان كان بعينه

وشرط أن لا يسلمه الى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل في العين وذلك مفسد للبيع لكونه غير منتفع به بل فيه ضرر على المتملك للعين بالعقد من غير منفعة للآخر فيه فكذلك فى القسمة ولو كانت الزيادة ثيابا موصوفة الى أجل معلوم فهو جائز وان لم يضرب له أجلا لم يجز كما في البيع وهذا لان الثياب تثبت فى الذمة سلما ولا تثبت في الذمة قرضا والسلم لا يكون إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت فى الذمة مؤجلا ثبوتا صحيحا ولا تثبت حالا واذا كان ميراث بين رجلين فى دار وميراث فى دار أخرى فاصطلحا على أن لاحدهما ما فى هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فان كانا سميا سهاما كم هى سهم من كل دار جاز لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي الى تمكن المنازعة بينهما فى الثاني وان سميا مكان السهام أذرعا مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يجز فى قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما ذكرنا فى البيوع اذا باع ذراعا في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع فى ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما احدى الدارين والثاني الدار الاخرى على أن يرد الذى أخذ الدار الكبري على الذى لم يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز لانه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا اذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكها فى الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة بالتراضى وكذلك ان أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى واذا كانت دارا واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جائز لانهما اشتريا نصيبه بما نقداه من الداهم وكذلك ان اشترطوا على أحدهما ثلثى الدراهم لفضل فى منزله فذلك جائز لانه يكون مشتريا ثلثى نصيب الثالث وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جائز لان بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم وكذلك لو اقتسماها على أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ آخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر دراهم مسماة فذلك جائز لان بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع له بما

تقدمن الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفل والآخر العلو واشترط أحدهما على صاحبه دراهم مسماة لان السفل مع العلو كالبيتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك يجوز اشتراط فضل الدراهم على أحدهما فى قسمة العلو والسفل شرط ذلك على صاحب العلو أوعلى صاحب السفل والله أعلم

باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على البعض بغير دراهم

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها فأخذ أحدهما مقدمها وهو الثلث والآخر أخذ مؤخرها وهو الثلثان جاز ذلك) لان المعتبر فى القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر أن ذلك لا يتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية مؤخرها لكثرة الرغبة فى المقدم دون المؤخر وتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لاتخلو فى العادة عن التفاوت فى المساحة ولا يعد ذلك ضررا وانما الضرر بالتفاوت فى المنفعة والمالية ففى ذلك تعتبر المعادلة بينهما فان كانت الدار بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الثلث نصيبه مابقى من الدار وهو أكثر من حقه فهو جائز بمنزلة البيع لوجود التراضى منهما وقد بينا أن المال الذى لايجرى فيه الربا يعتبر لجواز المبايعة فيه المراضاة فكذلك ان كان الذي وقع فى قسم الآخر ليست له غلة فهو جائز لانه رضي به لغرض له وهو غير متهم فى النظر لنفسه فيه ولو اشتراه بمال عظيم جاز شراؤه فكذلك اذا اختار أحدهما أخذه فى القسمة بقسمه واذا اقتسما دارا بينهما على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على ان رفعا طريقا بينهما ولاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهذا جائز وان كانت الدار فى الأصل بينهما نصفين لان رقبة الطريق ملك لهما محل للمعاوضة فقد شرط أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا عن بعض ماسلم اليه من نصيبه فى المنزل الذي أخذه صاحبه بالقسمة وذلك جائز وان أخذهما طائفة منهما يكون قدر الثلث وأخذ الآخر طائفة تكون قدر النصف ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار السدس فهو جائز لانهما نفيا شركتهما فى موضع الطريق وقسما ماوراء ذلك على الاخماس فأخذ أحدهما ثلثة أخماسه والآخر خمسه ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك اذا اقتسما البعض وبقيا شركتهما فى البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشترطا أن يكون الطريق بينهما على قدر مساحة مافى أيديهما فهو جائز لانهما لوقسما الكل على هذه المساحة

جاز فكذلك اذا اشترطا أن يتركاه مشتركا للطريق بينهما على قدر هذه المساحة وكذلك ان شرطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للآخر ممرة فيه فهو جائز لان عين الطريق مملوك لهما فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبه عوضا عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقى لنفسه حق الممر فى ذلك جائز بالشرط كمن باع طريقا مملوكا له من غيره على أن يكون له حق الممر فان ذلك جائز بمثله بيع السفل على أن يكون حق القرار العلو له عليه وان لم يشترطا شيئا من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما ورثا لانهما نفيا شركتهما فى قدر الطريق فيبقى فى هذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة فى الكل واذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى فاقتسماها على أن يأخذ أحدهما الدار والآخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجز ذلك للجهالة فان أقرا أنهما كان يعرفان كم هو يوم اقتسما فهو جائز لان عين التسمية فى العقد غير مقصودة بل المقصود اعلام المتعاقدين بها وقد تصادقا على أنه كان معلوما لهما وان عرف ذلك أحدهما وجهله الآخر فالقسمة مردودة وقد بينا فى كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار فان كان المشترى يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البائع يعلم ذلك دون المشترى لم يجز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وينبغى أن يكون الجواب في القسمة علي ذلك التفصيل أيضا وقيل بل هذا الجواب صحيح فى القسمة وهو قولهم جميعا لان المعتبر فى القسمة المعادلة فى المنفعة والمالية ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل أحدهما ذلك فالقسمة مردودة فاما البيع عقد معاينة يقصد للاسترباح والمشترى هو الذى يقبض البيع فيشترط أن يكون مقداره معلوما له فاما حق البائع فى الثمن معلوم فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا اقتسم الرجلان دارا علي أن أخذ أحدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقه وأخذ الثلثين من مقدمها بحقه فهو جائز وان كان فيه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع جوازها بسبب الغبن عند تمام التراضى من المتعاقدين عليه وما لم تقع الحدود بينهما والتراضى بعد القسمة فلكل واحد منهما أن يرجع كما فى البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل واحد منهما أن يرجع فكذلك فى القسمة وتمام القسمة بوقوع الحدود بينهما واذا كانت أقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالدور عند أبى حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح بينهما

على حدة الا اذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ينظر القاضي فى ذلك فيقسمها بينهم على أعدل الوجهين كما هو مذهبهما في الدور وهذا لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منهما فى الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها أو أكبر من ذلك فكما أن هناك لتعذر المعادلة فى المنفعة قال أبو حنيفة رحمه الله تقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب فى الاقرحة واذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فاصاب أحدهم قراح وغلات فى قراح وأصاب الآخر قرحا كرم فهو جائز لان هذا النوع من القسمة يعتمد الرضا وما أصاب كل واحد منهما غير مال متقوم يجوز بيعه فيجوز استحقاقه بالقسمة أيضا واذا أصاب بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا فى القسمة بكل حق هو لها أولم يكتبوا ذلك فله مافيها من الشجر والبناء ولا يدخل في ذلك الثمر والزرع وقد بينا هذا فى كتاب الشفعة فى البيع فهو كذلك في القسمة وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أومنها دخل ذلك فى القسمة وفى كتاب المزارعة قال لايدخل الزرع والثمر بهذا اللفظ ولكن قال هناك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها فيما ذكر فى آخره يتبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون الزرع والثمر وهناك أطلق بكل قليل وكثير هو فيها أومنها والثمر والزرع من هذه الجملة فعند إطلاق اللفظ تدخل فى القسمة ومن جعل المسئلة على روايتين فقد بينا وجه الروايتين فى كتاب الشفعة واذا اقتسم نفر بينهم أرضا على أن لا طريق لهم ولا شرب ورضوا بذلك فهو جائز لوجود التراضى منهم على التزام الضرر إلا أنهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة وان تراضوا عليه لان القاضى لايشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لم يمنعهم من ذلك كما لو طلبوا من القاضى قسمة الحمام بينهم لا يفعل ذلك وان فعل بتراضيهم لم يمنعهم من ذلك وان كانت أرض بين قوم لهم نخل فى غير أرضهم فاقتسموا على أن يأخذ اثنان منهم الارض وأخذ الثالث النخيل باصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لاحدهم فى القسمة حائطا بنصيبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهو فى غير تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التى فيها تلك النخلة فاراد أن يقطع النخلة فليس له ذلك والنخلة لصاحبها باصلها لما بينا أن النخلة كالحائط وتسمية الحائط فى القسمة يستحقه بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لانها نخلة مالم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لانسان بنخلة استحقها بأصلها
وذكر في النوادر في البيع اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبي يوسف رحمه الله
يستحقها باصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فقيل الجواب في الاقرار
كالجواب في البيع على الخلاف فابو يوسف رحمه الله يسوى بين القسمة والبيع ومحمد رحمه
الله يفرق بينهما فنقول في القسمة بعض نصيب أحدهما باعتبار أصله ملكه وأصل ملكه فيها
نخلة وانما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض باصله استحقاق جميع النخلة
باصلها وكذلك في الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وانما تكون نخلة باصلها فاما البيع ايجاب
ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا
يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شيء من الارض بتسمية النخلة في البيع فلهذا يشترط
فيه ذكر الاصل فان قطعها فله أن يغرس مكانها ما بدا له لانه قد استحق له ذلك من الارض
فكما كان له أن يبقى الاولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يغرس مكانها أخرى فان أراد أن يمر
اليها فمنعه صاحب الارض فالقسمة فاسدة لانها وقعت على الضرر فلا طريق له الي نخلته
وقد بينا أن القسمة متى وقعت علي ضرر فهي فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا
بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة وله
الطريق الى نخلته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط
الطريق فكأنه شرط الطريق الى نخلته أيضا واذا كانت قرية وأرض ورحا ماء بين نفر
فاقتسموها فاصاب رجل الرحاء وأصاب الآخر أقرحة معلومة وأصاب الاخر بيوت
وأقرحة فاقتسموها بكل حق هو لها فأراد صاحب النهر أن يمر الى نهره في أرض قسمة
فمنعه ذلك ليس له أن يمنعه وله الطريق الى نهره اذا كان نهره في وسط أرض هذا ولا يخلص
اليه الا بذلك لانه لا يتمكن من الانتفاع بنهره ما لم يخلص اليه ولا طريق له الى ذلك الا في
أرض قسيمه وقد اشترط في القسمة كل حق هو لها فعرفنا انه انما شرط ذلك لاجل هذا
الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له في نصيب قسيمه وان كان النهر منعرجا مع حد
الارض له طريق اليه في غير الارض لم يكن له أن يمر في أرض هذا لان القسمة لتمييز ملك
أحدهما من ملك الآخر وتمام ذلك بان لا يبقي لاحدهما حق في نصيب الآخر واتمام القسمة
في هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفي الأول

لا يمكن اتمام القسمة بينهما بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم
بيان هذا الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط أرض هذا ولم يشترطوا المرافق والطريق
ولا كل حق هو لها ولا كل قليل وكثير هو فيها أو منها فلا طريق له فى أرض هذا لما بينا
انه لا يستحق فى نصيب قسيمه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها
وقعت على ضرر الآن يقدر على أن يمر فى بطن النهر بان انكشف الماء عن موضع من النهر
فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه فى بطن النهر لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة
وطريقه لا في بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة
لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة
وان كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه
وان ذكر الحقوق فى القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكروا
المسناة فى القسمة فاختلف صاحب النهر والارض فيها فهى لصاحب النهر لملتقى طينه وطريقه
في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الارض وهذا بناء على
مسئلة كتاب الشرب أن عند أبى حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وعندهما للنهر حريم من جانبيه
مثل عرض بطن النهر فاذا كان عندهما للنهر حريم كان اشتراط النهر لاحدهما فى القسمة
اشتراطا لحريمه له فهو أولى به وعند أبى حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وقد جعلا فى القسمة
النهر حدا الملك صاحبه والمسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض من الغرس
والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الارض أولى به وان لم يكن
للنهر طريق الا في أرض قسيمه واشترطوا عليه أن لا طريق له فى هذه الارض فهو جائز
ولا طريق له اذا علم يومئذ أنه لا طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضى هو بالتزام
الضرر والشرط أملك وكذلك النخلة والشجرة نصبت احداهما فى أرض الآخر واشترطا
أن لا طريق له فى أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر يصب في أجمه كان لصاحبه ذلك
المصب على حاله لانه محتاج اليه مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيترك على
ذلك لما بينا فى جذوع لاحدهما على حائط الآخر فالمصب يجوز أن يكون مستحقا لصاحب
النهر فى ملك الغير كالجذوع واذا كان نهر لرجل يمر فى ملك رجل آخر فاختلفا فى مسناة على النهر
فهى لرب الارض فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما المسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسئلة

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر فى المسناة يد من حيث الاستعمال فانه بالمسناة من الجانبين يجرى ماؤه فى النهر مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة القول قول ذى اليد ولابى حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض وملك الآخر فى النهر وهو العمق الذى يجرى فيه الماء وما وراء ذلك يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حيث يثبت للآخر استحقاقه بالحجة الا أنه ليس له أن يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عدم المسناة فهو مملوك لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيه حق استمساك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط لانسان عليه جذوع لآخر ليس لصاحب النهر أن يهدمه ولكن لصاحب الارض أن يغرس على المسناة مابداله لانه يتصرف فى ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه لآخر ولصاحب العلو أن يحدث على علوه مابداله مالم يضر بالسفل واذا كانت القرية والارض بين قوم اقتسموا الارض مساحة على ان من أصابه شجر أو بيوت فى أرضه فهى عليه بقيمتها دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما ما أصابه من البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال ألا ترى أنه لو كانت دار بين رجلين فيها ساحة وبناء لهما ولآخر فاقتسماها على أن أخذ أحدهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على أن البناء بينهم على حاله ثم أراد الذى أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك لان فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه فاذا كنت أجبره على أخذ القيمة بغير شرط فهى اذا كان بشرط أجوز وان لم يسميا ذلك ومعنى هذا أن البناء وصف للساحة وتبع لها فاذا استويا فى ملك البيع وتفرد احدهما بملك الاصل كان لصاحب الاصل أن يتملك على شريكه من الوصف بالقيمة ألا ترى أن صبغ الغير لو اتصل بثوب الغير كان لصاحب الثوب أن يتملك الصبغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف لملكه وهذا بخلاف ما اذا كان البناء كله لانسان فى ساحة الغير لان هناك صاحب البناء يتمكن من رفع بنائه من غير اضرار بصاحب الساحة فلا يكون لصاحب الساحة حق تملك البناء عليه بغير رضاه وأما اذا كان البناء مشتركا فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة لانه مالم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الاصل أن يرفع الضرر عن نفسه ويتملك نصيبه عليه بضمان القيمة توضيحه أن البناء تبع من وجه حتى يدخل فى

بيع الاصل من غير ذكر كالصبغ في الثوب وهو أصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفراد فيوفر حظه علي الشبهين فلشبهه بما هو أصل لا يكون لصاحب الارض أن يتملك على صاحب البناء جميع البناء بغير رضاه ولشبهه بالبيع يكون له عليه أن يتملك نصيبه من البناء اذا كان مشتركا بينهما وان اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم فى انها لا تستحق إلا ثمنا فى الذمة وكذلك ان اشترطوا مكيلا أو موزونا موصوفا فى الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء عين فاشتراط المكيل والموزون فى الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشتراط الثمن فهو كاشتراط الدراهم والدنانير وان شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لانه مبيع يرد عليه العقد مقصودا فجهالته عند العقد تكون مبطلة للعقد وهذا لان الثمن معقود به (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشترى عند العقد ليس بشرط لصحة العقد فكذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة اذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فاما العين يكون معقودا عليه ويشترط وجوده فى ملك العاقد وقدرته على تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالاشارة الى عينه وهذا لانه اذا لم يكن معلوما فهو ويكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا يقتسمان المشترك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والاوانى المصوغة فى هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أنه يتعين التبر وانه يستحق مبيعا وقد تقدم الكلام فيه فى كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البينة على المواريث وسألوا القاضى قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من أجناس التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنفسه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يشتغل القاضى بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به فى حياة المورث فان كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقى فعل ذلك استحسانا وفى القياس لا يفعل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبى حنيفة الاول ولكنه استحسن وقال قل ما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن أن ينظر الفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد علي ذلك بين

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ ما يصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه مالم يصل الى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك أرأيت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أولم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضى امساك حقه وهو يعرف أنه حقه وانما يطالب الكفيل بشئ لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسي لا يلحقه شئ وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وفى الجامع الصغير قال هذا شئ احتاطه القضاة وهو جور أى مائل عن طريق القصد فقد بينا المسئلة فى كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي بالدين سألهم هل هى دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقهم فيقبل فيه قولهم مالم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك اذا ظهر بعد القسمة لانه تبين أن القسمة كانت قبل أوانها فان أوان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل أن يسألهم عن الدين الا أن يقضوا الدين الذى ظهر قبل أن تنقض القسمة فحينئذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض سائر تصرفات الوارث اذا قضى الدين من موضع آخر وكذلك لو لحق وارث آخر لم يعرفه الشهود ولم يشهدوا عليه لان القسمة تنتقض فى كلها لانه تبين انها وقعت بغير محضر من بعض الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج الى أن يستوفي مما وصل الى كل واحد منهم مقدار نصيبه فيتفرق نصيبه فى مواضع فلهذا تنتقض القسمة ويستقبل بينهم وان أقر أحدهم لرجل بدين وجحد ذلك بعضهم قسمت التركة بينهم على المواريث لان الدين المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه اذا كان فى نصيبه وفاء بذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله يقضي من نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسئلة فى الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصي له بالف درهم وهى تخرج من ثلثه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل اذا كان يخرج من الثلث يستحق سابقا علي الميراث كالدين فظهور هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه الالف من مالهم مضت القسمة لوصول حق الموصي له بكماله اليه كما لو قضوا الدين وكذلك لو قضى ذلك واحد منهم على أن لا يرجع عليهم بشئ وهو سواء فى الدين والوصية وان أراد أن يرجع عليهم لم تجز القسمة لان قيام حقه فى التركة كقيام حق صاحب الدين والموصي له

قبل أن يقضيه في المنع من القسمة الا أن يقضوه بالحصص فان فعلوا ذلك قبل نقض القسمة فالقسمة مافيه ولوكان صاحب الوصية أقام البينة على أنه أوصى له بالثلث أبطلت القسمة لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في التركة حتى تزداد حصته بزيادة التركة وتنقص بنقصان التركة فثبوت وصيته بالبينة كظهور وارث آخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنتقض القسمة لحقه واذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلي الاصل وشريك أبيهم غائب لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت لوكان حيا وقد بينا في الشركة في المشتراة ان غيبة بعض الشركاء يمنع القاضي من القسمة وان قامت البينة علي الشراء فهذا مثله ولوحضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت وحضوره كحضور الميت لو كان حيا ولان بعض الورثة في التركة خصم عن البعض وحضور بعضهم كحضور جماعة اما وارث الميت لايكون خصما عن شريكه المشترى معه فلهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الأصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضروا وغاب عمهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لوكان عمهم حاضرا وغاب بعض بنى أخيه لان الأصل ميراث هنا وفي الميراث بعض الورثة يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كما لو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد واذا اقتسم القوم القرية وهى ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصى أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة لانه لاولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لانفسهم في هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضى اذا قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب الشرط أوعامل غير القاضى كالعامل على الرستاق أو الطسوج علي الخراج أوعلى المعونة لانه لاولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك لورضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصى له أوغائب لا وكيل له لم تجز لان الحكم لاولاية له على الغائب والصبى فانه صار حكما بتراضى الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

كبر الصبي فاجاز فهو جائز لان هذا العقد مجيزا حال وقوعه (ألا ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير مالو باع إنسان مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك وان مات الغائب أو الصغير فاجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كمالو باع إنسان ماله وأجاز وارثه بعد موته البيع لم يجز ذلك لهذا المعنى وفى الاستحسان يجوز وهو قولهما لان الوارث يخلف المورث فأجازته بعد موته كاجازة المورث فى حياته وحرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين سائر التصرفات أن الحاجة الى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كان في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج الى اعادتها فى الحال بتلك الصفة وانما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة فى نقضها مع وجود الاجازة منه لتعاد برضاه بخلاف البيع فانا لو نقضنا ذلك البيع عند الموت لاتقع الحاجة الى اعادته فالبيع لايكون مستحقا في كل عين لامحالة فلهذا لايعمل اجازة الوارث فيه بعد تعين جهة البطلان فيه بموت المورث والله أعلم

باب قسمة الحيوان والعروض

(قال رحمه الله واذا كانت الغنم بين قوم ميراثا أو شراء فاراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة علي الاصل فان القاضى يقسمها بينهم) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التميز فى هذه القسمة علي معنى المعاوضة وبمعنى التميز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو مايكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضى على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق فان أبا حنيفة رحمه الله يقول لايقسم الرقيق بينهم اذا كره ذلك بعضهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات (ألا تري) أن الرقيق كسائر الحيوانات فى سائر العقود من حيث أنها تثبت فى الذمة مهرا ولا تثبت سلما فكذلك فى القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم فى الغنيمة كسائر الاموال فكذلك فى القسمة بين الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت فى الرقيق أظهر منه فى الاجناس المختلفة فان الاجناس

المختلفة قد تتفاوت فى الماليـة والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لاتجري في الاجناس المختلفة فكذلك فى الرقيق وهذا لان المعتبر المعادلة فى المالية والمنفعة وذلك يتفاوت فى الآدمى باعتبار معانى باطنة لا يوقف عليها حقيقة كالذهن والكتابة وقد يرى الانسان من نفسه ماليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة فى المالية وبترجح معنى المعاوضة فى هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا بالتراضى والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات أن الذكور والاناث فى سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى اذا اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هى جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فانها تجري فى الاجناس المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين فى معنى المالية دون العين حتى كان الامام بيع المغانم وقسمة الثمن فاذا يعتبر اتصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فاما فى الشركة الملك حق الشركاء فى العين والمالية فللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضى ولاية الاجبار على القسمة الا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة بعضهم القاضى لايقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لايقسم قسمة الجبر عند أبى حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والاظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذى هو مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه فيثبت فى الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد فى الشيء تبعا وان كان لايجوز اثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقت وكانه استحسن ذلك لانه قل ما تخلو تركة يحتاج فيها الى قسمة القاضي عن الرقيق واذا كان مع الرقيق شيء آخر فباعتبار المعادلة فى المالية يتيسر بخلاف ما اذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت وان كان الذى بين الشركاء ثوب زطي وثوب هروى وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاهم لان فى الاجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يتملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفى المعاوضات لا بد من

التراضي فان كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسموها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود التراضي منهم على انشاء المعاوضة وان رفعوا الى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها الى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يغلب معنى التمييز اذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتهيأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب الى المعادلة فأما اتفاقهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة واذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة واذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا برجل قسمها ولم يألوا أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه عدوا له الأول فالاول فهذا يجوز لانه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي تفضي الى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع وان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الابل رد كذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائز لان القسمة لا تتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الاول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم أحدهم بعد ما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضي فان رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم وبقي سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أو لم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فاراد أحدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضررا فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فان اقتسماه فشقاه طولا أو عوضا بتراض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما ن يرجع بعد تمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضى لا يقسمها بينهم لانها تحتاج الى القطع وفيه اتلاف جزء وان تراضوا بينهم على شيء جاز ذلك ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فانى انظر في ذلك ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضى يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبا وان كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم الا ان تراضوا فيما بينهم على شيء هكذا قال فى الكتاب والاصح أن يقال ان استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلث الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لانه تيسير عليه التمييز فى بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك اذا تيسر ذلك فى البعض والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذى وقع له ثم رآه فهو بالخيار ان شاء رد القسمة وان شاء أمضاها) واعلم بان هذه المسائل فى قسمة يتفقان عليها دون مايفعله القاضى فله ولاية اجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما لا يتفقان عليه القسمة تعتمد التراضي كالبيع فكما أن فى البيع الرضا لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل فى ملكه فكذلك فى القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر فى ذلك كله سواء واذا كانت الفا درهم بين رجلين كل الف فى كيس فاقتسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذى رآه وعلي الذى لم يره ولا خيار لواحد منهما فى ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية فى الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك فى القسمة والمعنى ان الدراهم والدنانير اثمان محضة ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار

يصير المقصود معلوما علي وجه لايتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الاعيان الا أن يكون قسم الذى لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمه على أن يكون فى الصفة مثل ما أخذه صاحبه فاذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير فى ذلك كما لو رأى عند الشراء جزءا من المكيل أو الموزون ثم كان مابقى شرا مما رأى فانه يثبت له الخيار فاذا اقتسم الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذى أصابه ولم ير جوفيه فلاخيار لهما إلا على قول زفر رحمه الله وقد بينا المسئلة فى البيوع ان برؤية الظاهر من حيطان الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله مالم يدخلها فكذلك القسمة وكذلك ان اقتسما بستانا وكرما فأصاب أحدهما البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذى أصابه ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجره ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد منهما ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه فى الدار بناء على دور الكوفة فانها لاتتفاوت الا فى السعة والضيق ضعيف جدا ففى البستان المقصود يتفاوت بتفاوت الاشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شئ من ذلك عرفنا ان المعنى فيه انما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك فى الثياب المطوية يجعل رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع فى اسقاط الخيار واشتراط الخيار فى القسمة جائز فهو فى البيع لانها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا فانما يشترط الفسخ أولئلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار فى جانب من شرط الخيار لنفسه فان مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعي الآخر الاجازة فالقول قول مدعى الاجازة لان مضى المدة قبل ظهور الفسخ متمم للعقد فمن يدعى الاجازة يتمسك بما يشهد له الظاهر به وان أقاما البينة فالبينة بينة من يدعى الرد لان بينته تثبت الفسخ وهو المحتاج الى الاثبات دون صاحبه وسكنى الدار التى وقعت فى سهم صاحب الخيار رضا منه بها وابطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة فى البيوع وان مراده حيث يقول ذلك رضا منه اذا تحول اليها وسكنها بعد القسمة وحيث يقول لايكون رضا اذا كان ساكنا فيها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى أوهدم فيها شيئا أو جصصها أوطين فيها حائطا أوذرع الارض أوسقاها أوقطف الثمرة أوغرس الشجر أو لقح النخل أوكسح الكرم فهو كله رضا لانه تصرف لايفعل عادة الا فى الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه فى ذلك المحل ودليل

الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه في كل شيء مالم يكن عليهمافيه غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما مالم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه في ذلك كرضاهما أن لو كانا من أهل الرضا فكذلك في القسمة وكذلك وصي الاب في ذلك قائم مقام الاب بعد موته فكذلك الجد أب الاب اذالم يكن وصيا ويجوز قسمة وصي الام اذالم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام في ذلك وتصرفها في ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بعدها وهذا لان لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار وكذلك وصي الاخ والعم وابن العم في ميراثه منهم ولا يجوز فيه قسمته في ميراثه من غيرهم لان الوصي قائم مقام الموصي فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولان في حفظ ذلك منفعة للموصي فانه اذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث من غيره كما لم يكن للموصي فيه ولاية وهذا ليس في حفظه معنى النظر للموصي انما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لوصي العم وابن العم على اليتيم وهذا بخلاف وصي الاب فقد كان للاب ولاية على الصغير في جميع ذلك ووصيه بعده يقوم مقامه واذا كان له أب أو وصي أو جد لم تجز قسمة وصي هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لان الاب قائم مقامه أن لو كان حاضراً بالغا وعند ذلك لا يكون لوصي هؤلاء عليه ولاية القسمة في شيء من ذلك فكذلك اذا كان له أب يقوم مقامه وهذا لان نظر الاب له يكون عن شفقة وافرة وولاية كاملة كنظره لنفسه ولا حاجة مع وجوده الى اعتبار نظر وصي العم له بخلاف حال عدم الاب والوصي ويجوز قسمة وصي الاب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب فيما يرجع الى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع الى حفظ التركة ولا تجوز قسمة الام والعم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وان لم يكن لاحد منهم أب ولا وصي أب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع الى الحفظ من تركة الموصي خاصة دون غيره فاما في سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالاجانب ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرجه من الاهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يعوله لانه لا ولاية له

عليه فى التصرف في ماله بيعا وشراء فالقسمة مثله والوصى الذى يقيمه القاضى فى أمر اليتيم بمنزلة وصى الاب اذا جعله وصيا فى كل شئ لان له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعا كولاية الأب فوصيه أيضا كوصى الاب وان جعله وصيا في النفقة خاصة أو فى حفظ شئ عنده لم تجز قسمته لان نصيب القاضى اياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف ما اذا جعله الاب وصيا فى شئ خاص لان ايصاء الاب اليه اثبات الولاية بعد موته والولاية لا تحتمل التجزى والمعنى فى الفرق أن قسم القاضى يتصرف مع بقاء رأى القاضى فلا حاجة الى اثبات ولايته من غير ما أمر القاضى به لتمكن القاضى من النظر فى ذلك بنفسه له فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فاما وصي الاب انما يتصرف بعد موت الاب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس الى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي الى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة كان له أن يرده بالعيب وينقض القسمة ان كان شيئا واحدا أو كان مكيلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت القسمة باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لان الحاكم انما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه علي أنه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى فبوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك (قال وان كان الذى أصابه عدد من الغنم أو الثياب رد الذى به العيب خاصة بعد القبض كما هو فى البيع فانه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحديهما عيبا رد المعيب خاصة فهذا مثله ويكون المردود بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع فى جميع ما أصابهم بقدر ذلك) لان عند الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض المردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر ذلك كما يرجع في البيع بالثمن اذا رد المبيع بالعيب وان أصابه دار أو خادم فسكن الدار بعد ما رأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالعيب استحسانا وفى القياس هو رضا لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو كالعرض على البيع أو زراعة الارض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه استحسن فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان فى ملك الغير عادة باذن المالك وبغير اذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولانه يفعل ذلك على سبيل الاختيار لينظر أن هذا العيب هل يمكن نقصانا فى مقصوده أو لا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا فى السكنى

بناء على احدي الروايتين فى السكنى مدة خيار الشرط اذ لافرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا فى المطالبة بالجزء الفائت وفى اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فاما فى خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا اسقاط لحقه فى الفسخ ولكن ليس فى ذلك كثير ضرر (ألا ترى) أنه اذا تعذر رده بخيار الشرط لايرجع بشئ وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن واذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضاء بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا فى ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر الى قده أو قال قدره فهذا رضاء بالعيب وليس برضا فى الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك الا باللبس فلهذا لايجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لفوات صفة السلامة وتمكن النقصان في المالية ولا تأثير للبس فى معرفة ذلك فكأن لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه واذا باع ماأصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشترى عليه بذلك العيب فان قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة فى حق شريكه كالشراء المبتدا وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك واباء اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فعاد من الحكم ما كان قبله وان كان المشترى هدم من الدار شيئا قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردها ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشيء لانه تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه نصيبه من ملكه وفى نظيره فى البيع اختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله موضع بيانه كتاب الصلح فينبغى أن يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان الشريك هو الذى هدم شيئا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب فى أنصباء شركائه الا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما لانه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فاذا رضوا بذلك رد عليهم واذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع فى سهمه فلهذا يثبت له حق الرجوع بنقصان العيب على شركائه فى أنصبائهم والله أعلم

باب الاستحقاق فى القسمة

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ أحدهما الثلث من

مقدمها وقيمته ستمائه وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة وهي ميراث بينهما أو أوشراء ثم استحق نصف مافي يدي صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع مافي يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء وان شاء نقض القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد مافي يده ويبطل القسمة فيكون ما بقي في أيديهما بينهما نصفين وفي رواية أبي حفص رحمه الله ذكر محمد مع أبي حنيفة وهو الاصح فقد ذكر ابن سماعة انه كتب الي محمد يسأله عن قوله في هذه المسئلة فكتب اليه أن قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن استحقاق نصف ما في يد صاحب المقدم شائعا ظهر لهما شريك ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر اذا اقتسمها اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائعا يوضحه ان استحقاقه الدار وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدي الى الشيوع في الكل لانه اذا أخذ المستحق نصف مافي يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما في يد صاحب المؤخر فيكون ذلك بمنزلة مالو كان المستحق جزءا شائعا في الكل وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان القسمة في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقي ولكن يثبت الخيار للمشتري بين نقض البيع في الباقي وبين الرجوع بعوض المستحق كما لو اشترى نصف داره فاستحق ذلك النصف فكذلك في القسمة ولئن كان بطريق التمييز فهو أبعد عن الانتقاض فيما بقي باستحقاق بعضه وهذا لان ماتبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لوكان مؤخر الدار بين شريكين ولهما شريك ثالث في نصف المقدم بنصفه فاقتسما على أن أخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الآخر مابقي كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان المستحق جزءا شائعا في جميع الدار لان استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبقى وبهذا تبين ان هذا بمنزلة مالو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك لا تبطل القسمة فيما بقي فكذلك هنا وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده اذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بنصف مافي يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف نصف مافي يده يوضحه ان جميع قيمة الدار ألف ومائتي درهم وباستحقاق نصف المقدم يتبين ان المشترك بينهما تسعمائة فحق كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين والذي بقي في يد

صاحب المقدم يساوي ثلثمائة ومافي يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما مايساوي أربعمائة وخمسين فلو كان صاحب المقدم باع نصف مافي يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع في قول أبي حنيفة رحمه الله على صاحبه بربع مافي يده ان كان الذي باع بألف درهم أو بعشرة دراهم وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع فيما في يد صاحبه من الدار فيكون بينهما نصفين ويضمن نصف قيمة ماباع لصاحبه وفي قول محمد رحمه الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند أبي يوسف رحمه الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة فلهذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقي وكان له الخيار في بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين حقه في الرجوع بعوض المستحق وذلك ربع مافي يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض بين رجلين نصفان وهي مائة جريب فاقتسما على أن أخذ أحدهما بحقه عشرة أجربة تساوي ألف درهم ثم باع كل واحد منهما الذي أصابه بأقل من قيمته أو أكثر ثم استحق جريب من العشرة الاجربة فرد المشتري ما بقي منهما على البائع ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يرجع على صاحب التسعين جريبا بخمسين درهما وفي قول أبي يوسف رحمه الله تكون التسعة الاجربة بينهما نصفين ويضمن صاحب التسعين جريبا خمسمائة درهم لصاحبه لان عند أبي يوسف رحمه الله يتبين فساد القسمة باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا وبيع صاحب العشرة الاجربة قد انفسخ من الاصل برد الباقي عليه بعيب التبعيض وكأنه لم يبع ذلك فهي بينهما نصفين وصاحب التسعين جريبا قد باع ماقبضه بقسمة فاسدة فينفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق أن المشترك بينهما مايساوي ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون والسالم للذي أخذ عشرة أجربة تسعمائة ولصاحبه الف فيرجع على صاحبه بخمسين درهما لانه قد باع ما في يده واذا رجع بذلك سلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون واذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقتسماها على ان أخذ أحدهما أربعين منها ماتساوي خمسمائة وأخذ الآخر منها ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة

دراهم فى الستين شاة عندهم جميعاوأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين ما سبق باعتبار أن المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك نقض القسمة فيما بقى وتبين أن المشترك بينهما تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لاخذ الاربعين ما يساوى أربعمائة وتسعين ولصاحب الستين مايساوى خمسمائة فيرجع عليه بمقدار الخمسة لتكون حصة كل واحد منهما مايساوي أربعمائة وخمسة وتسعين وانما يرجع بذلك فى الستين شاة لانها باقية في يده فيضرب هو فى الستين بخمسة دراهم وصاحبه باربعمائة وخمسة وتسعين فالسبيل أن يجعل كل خمسة بينهما فيكون الستين سهما على مائة سهم للمتسحق عليه سهم ولصاحب الكثير تسعة وتسعون سهما منها وفى ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه أن ينقض القسمة فيما بقى كما لو اشترى عددا من الغنم فاستحق واحد منها بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أن ينقض القسمة فيما بقي وهكذا فى البيع ليفرق الصفقة عليه فالعقد فى المستحق يبطل من الاصل فلافرق بينهما بعد القبض وقبله واذا كان كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة أقفزة منها طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا رديء على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه ويأخذ شريكه الثلثين بحقه لم يصح ذلك لان فى هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بجنسها متفاضلا ربا فان رد الذى أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه على صاحبه واقتسما على ذلك جاز بناء على أصلنا أن الفضل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد وان استحق من الثلاثين عشرة مخاتيم فانه يرجع عليه بنصف الثوب وفى زيادات الزيادات (قال) فى هذه المسئلة يرجع بثلث الثوب وسدس الطعام الجيد وقيل ماذكر ثمة جواب القياس وما ذكر فى كتاب القسمة جواب الاستحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الرديء يرجع على صاحبه بجميع الثوب ونصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثلث ذلك اعتبارا للبعض بالكل وبيان المعنى فيه أن عشرة من الثلاثين أخذها باعتبار ملكه وعشرة بالمقاسمة بمقابلة العشرة التى أخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة شائعة فى الكل ثلثها فيما أخذ بقديم ملكه فلا يرجع فيه على أحد بشيء والثلث مما أخذه عوضا عن الثوب فيرجع بعوضه وهو ثلث الثوب والثلث مما أخذه بالمقاسمة فيرجع بما يقابله من الطعام الجيد بقدر حصته وذلك قفيز وثلثا قفيز لان العشرة كلها لو استحقت رجع عليه بخمسة أقفزة فاذا استحق الثلث رجع عليه بثلث الخمسة وثلثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام الجيد

ووجه الاستحسان أن المستحق انما يجعل شائعا فى الكل اذا استوت الجهالة فاما اذا تفاوتت فلا كما اذا باع ثوبا وقلبا وزنه عشرة دراهم بعشرين درهما وتقابضا ثم استحقت عشرة من العشرين فان المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لانه لو جعل بعضه من ثمن القلب بطل العقد فى القلب بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل العقد فى شئ من القلب فيجعل ذلك من ثمن الثوب لابقاء العقد صحيحا حين لم تثبت المساواة فهناك كذلك لان المقصود بالقسمة التميز والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا يجعل شئ من المستحق مما أخذه بالمقاسمة لابقاء معنى التميز بحسب الامكان ولو جعل شيء من المستحق بمقابلة العشرة التى أخذها بالقسمة تنتقض القسمة فيحتاج الى اعادتها ثانية فلا يجعل شئ بمقابلة كيلا ينتقض واذا جعلنا المستحق ماوراء العشرة المقسومة يكون النصف من العشرة المشتراة والنصف العشرة الموزونة لم يرجع به على أحد وما أخذ من العشرة المأخوذة على وجه الشراء رجع بحصته من الثمن وثمنه نصف الثوب فلهذا يرجع عليه بنصف الثوب ولكن يجعل المستحق نصف العشرين الذى أخذه بمقابلة الثوب وعشرة من تلك العشرين أخذها بقديم ملكه وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فلهذا يرجع بنصف الثوب خاصة واذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقتسماه فاخذ أحدهما ثلاثين مختوما حنطة رديئة وعشرة مخاتيم شعيرا جيدة وأخذ الآخر عشرة مخاتيم حنطة جيدة وثلاثين مختوما شعيرا رديئا ثم استحق نصف الشعير الردىء فانه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة وهذا غلط بين فان العشرة المخاتيم حنطة جيدة فى يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح مافى النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعنى بثلاثين مختوما حنطة رديئة التي أخذها صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة اقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفى القياس على ماذكره فى زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد وجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الردىء من يده رجع علي صاحبه بثلث الحنطة الرديئة عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فان استحق نصف الشعير الردىء يرجع بنصف كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى انه أخذ الثلاثين قفيزا شعيرا رديئا عشرة بقديم ملكه وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقفزة شعيراً جيداً وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة أقفزة من الحنطة الرديئة التى أخذها صاحبه من نصيبه فاذا استحق النصف كان ثلث المستحق

مما أخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشيء وثلثه مما أخذه صاحبه بالمعاوضة فيرجع بعوضه على صاحبه وذلك خمسة أقفزة من الحنطة الرديئة وثلثه مما أخذه بالمقاسمة فيرجع على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان ما بينا ان المستحق لا يجعل شيء منه من المأخوذ بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز وانما يجعل نصفه من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه وذلك سبعة أقفزة ونصف من الطعام الرديء وربع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أقفزة ونصف فلهذا قال يرجع بربع المخاتيم حنطة واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها وأخذ أحدهما النصف المقدم وقيمته ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمته أربعمائة على أن يرد عليه صاحب النصف المقدم مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما أصابه ثم استحق نصف النصف المقدم ورجع المشترى على بائعه بحصة ذلك من الثمن وأنفذ البيع فى البقية فان صاحب المقدم يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما خمسون منها نصف المائة التى نقده ومائة منهما ربع قيمة النصف المؤخر لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التى أعطاها وبقيمة نصف النصف المؤخر وذلك مائتا درهم فاذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف الثلثمائة وذلك مائة وخمسون وهذا لان فى حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن وتبين أن المشترك بينهما مايساوي سبعمائة وان حق كل واحد منهما من ذلك ثلثمائة وخمسون فصاحب المؤخر أخذ ربعمائة والسالم لصاحب المقدم مايساوى مائتين وخمسين بالمقاسمة فيرجع على شريكه بربع ما أخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل الى كل واحد منهما مايساوى ثلثمائة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة ثوب قائم بعينه رجع بنصف الثوب وبمائة درهم لان المستحق مما أخذه عوضا عن الثوب نصفه فيرجع بعوضه وذلك نصف الثوب واذا كانت أرض ودار بين رجلين فاقتسماهما فأخذ أحدهما الدار والآخر الارض على أن يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف درهم وقيمة الدار الف درهم وقيمة الارض الفان وقبضه ثم أن صاحب الدار باع الدار فاستحق إنسان منها علو بيت يكون ذلك البيت والسفل عشر الدار فلما استحق العلو ذهب نصف العشر ورجع المشترى على البائع بحصة ذلك من الثمن وأمسك الباقى من الدار فان صاحب الدار يرجع بستة عشر وأربع دوانق من قيمة الارض على صاحب الارض فى قياس قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قياس قول

أبي يوسف رحمه الله يرجع بذلك في رقبتها ويكون شريكا به في الارض وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة وتأويل قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لا ينتفع بذلك اليسير من الارض فلهذا جعل له حق الرجوع بذلك القدر من القيمة حتى اذا رضى هو بالرجوع في رقبة الارض بذلك القدر يكون له ذلك وانما كان رجوعه بهذا المقدار لان نصف الارض بمقابلة العبد ونصفها أخذه بالمقاسمه مع الدار وقد كان قيمة لدار الف درهم فلما استحق منها مايساوى نصف العشر وذلك خمسون درهما تبين أن المشترك مايساوى الف درهم وتسعمائة وخمسين وان حق كل واحد منهما فيما يساوى الف وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الارض التي درهم الف بمقابلة ماأدى من العبد والف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين فيرجع على صاحبه بستة عشر درهما وأربع دوانيق في الارض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستين وثلثان ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال أبو عصمة وفي هذا الجواب نظر بل ينبغي أن يكون رجوعه بما يساوى خمسة وعشرين لان نصيب كل واحد منهما الف وأربعمائة وخمسة وسبعون كما بيناولكنا نقول هذا بناء على الاصل الذى بينا لابي حنيفة رحمه الله أن العلو مثل نصف السفل حتى قال في القسمة يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو فاذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو مع السفل عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فانما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم الجواب بناء على ذلك الاصل واذا وقعت القسمة في دار واحدة أو أرض واحدة وبناء أحدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فرد القسمة وأراد أن يرجع بقيمة بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لان الرجوع بقيمة البناء في الشراء لاجل الغرور ولا غرور في القسمة فان الشريك مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك فيما يجبره القاضي عليه فلهذا لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة وبنى فيها ثم استحقت ونقض بناءه لم يرجع على المشترى بقيمة البناء وقد بينا في آخر الشفعة نظيره في الجارية المأسورة ومن نظائره أيضا أحد الشريكين في الجارية اذا استولدها ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشيء من ذلك وكذلك اذا استولد جارية ابنه ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن لانعدام معنى الغرور منه وهذا بخلاف الغاصب فان المغصوب منه اذا ضمن قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحقت وضمن

الغاصب قيمة الولد رجع به على المغصوب منه رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره خلافه لان المغصوب منه فى تضمين القيمة هناك مختار فانه كان متمكنا من أن يصبر حتى تطهر الجارية فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الغاصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة في دارين أو أرضين وأخذ كل واحد منهما احدهما ثم استحقت احداهما بعد مابنى فيها صاحبها رجع علي صاحبه بنصف قيمة البناء قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله بناء علي أصله ان قسمة الجبر لا تجرى فى الدور والأراضى بهذه الصفة وعلي قولهما تجرى قسمه الجبر فيها فهذا والدار الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والأصح عندى ان هذا قولهم جميعا لانهما ما أطلقا الجواب فى قسمة الجبر فى الدور ولكن قال ان رأى القاضي المصلحة في أن يقسمها قسمة واحدة فله ذلك وهما أقدما على القسمة قبل أن يري القاضى المصلحة فى ذلك فيكون هذا معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فيرجع علي صاحبه بنصف قيمة البناء لان نصف الموضع الذى بنى فيه أخذه بقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جاريتين فوطئ احدهما الجارية التى أخذها فولدت له ثم استحقت وضمن قيمة الولد رجع علي صاحبه بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجري فى الرقيق فتكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجرى فى الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور ولا يرجع على صاحبه بشئ من قيمة الولد ويكون له نصف الجارية التى فى يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب أحدهما فان كان باعها ضمنه نصف قيمتها لانها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنفذ بيعه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته منها وذلك النصف وكذلك اذا اقتسما منزلين متفرقين فى دار واحدة فقد بينا ان المنازل المتفرقة في حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضى قسم الدور المختلفة بين الشركاء وجمع نصيب كل واحد منهم فى دار علي حدة وأجبرهم على ذلك فبنى أحدهم فى الدار التي أصابته ثم استحقت وهدم بناؤه لم يرجع على شركائه بقيمة البناء لان القاضى حين رأى جمعها في القسمة صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضي يجبر الشركاء على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضي فينعدم الغرور به فلهذا لا يرجع على شركائه بشئ من قيمة البناء واذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى احدهما فى الدار التى أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الأخرى موضع جذع فى حائط أو مسيل ماء

أو طريق أو حائط بأصله أو بناء بيت فالذى استحق ذلك من يده بالخيار ان شاء نقض القسمة كلها وهدم ما أحدث هذا من البناء وضمنه قيمة ماهدم وان شاء لم ينقض القسمة ولم يرجع بشيء ورضى بما فى يده وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله لايكون له أن ينقض بناء شريكه على ما قال في الجامع الصغير المشتري شراء فاسدا اذا بنى فى الدار المشتراة انقطع به حق البائع فى الاسترداد عند أبى حنيفة رحمه الله وليس له أن ينقض بناء المشتري وعندهما له أن ينقض بناءه فهنا اذا اختار نقض القسمة تبين أن صاحبه أخذ الدار بقسمة فاسدة فهى كالمأخوذة بالشراء الفاسد قال الحاكم رحمه الله ويحتمل أن هذا الجواب على مذهبهم جميعا تخريجا على ما هو الصحيح عند أبى يوسف من مذهب أبى حنيفة رحمهما الله اذا بنى المشترى فى الدار المشتراة شراء فاسدا فانه ذكر فى الجامع الصغير شكا فى رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أن الدار تترك للمشترى شراء فاسدا من أجل بنائه حيث قال فيما أعلم وقيل هذه من احدى المسائل التى جرت فيها المحاورة بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله في رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقوله لا يرجع بشيء يحتمل أن يكون جوابا فى استحقاق موضع الجذع ومسيل الماء خاصة لان لما سواهما حصة من الدرك فعند الاستحقاق لابد أن يرجع بذلك أو بقيمته ان تعذر الرجوع بعينه لاجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الا خر دارين قيمتهما سواء فاستحقت احداهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت له الدار الباقية ويرجع بربع الدار التى أخذ الآخر بمنزلة مالو اشترى دارين وقبضهما فاستحقت احداهما فلا خيار له فى الأخرى وانما يرجع بحصة المستحق من الثمن فهنا أيضا لا خيار له فى الباقية فيرجع بعوض المستحق وذلك ربع الدار المستحق وذلك ربع الدار التى أخذها الآخر لان الدارين كلاهما لو استحقتا رجع عليه بنصف الدار التى في يده فاذا استحقت احداهما وقيمتهما سواء رجع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا والله أعلم

باب ما لا يقسم

(قال رحمه الله ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فاذا أدى الى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذى كان قبل القسمة لم يجبر القاضى عليه) فان رضوا به جميعا قسمه لوجود التراضى

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخرى بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فاما في الحائط ان رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاس لم يباشر القاضي ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم اذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بعد القسمة ما ينتفع به الا أن تتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضي لانه متظلم يطلب من القاضي أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنيا باذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الارض غائب فلهما ذلك بالتراضي وان امتنع أحدهما لم يجبر عليه لان كل واحد منهما بعد القسمة لا يتمكن من ابقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالارض لغيرهما بطريق العارية أو الاجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك اذا أبى أحدهما وان كان أراد هدم البناء ففي هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن ان أرادا فعله لم يمنعهما عن ذلك وان أخرجهما صاحب الارض هدماه لان صاحب الارض له عارية في أيديهما وللمعير في العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض يحتمل القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء واذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما في القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى ان كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لانه كان لكل واحد منهما حق التطرق الى ملكه في هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير وفي القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه لا لاجل القسمة فلهذا قسم القاضي هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم اذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في صغر أو أنه لا يجد طريقا الا أن يتراضوا جميعا وان كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك أحدهم لانه ليس في القسمة

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع فى ملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الارض فتقسيمها بطلب بعضهم وان كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبي الآخر قسمته بينهما لانه لا ضرر على واحد منهما في القسمة فكل واحد منهما يتمكن من التطرق الي ملكه من جانب آخر ولا فرق فى حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر واذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فان كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الابضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق ولا فرق فى حق كل واحد منهما بين أن يسيل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر اذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك فى جانب آخر بلا ضرر وان كانت أرض صغيرة بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شئ ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو وما تقدم من البيت الصغير سواء وان كانت حانوت فى السوق يبيعان فيه أو يعملان بايديهما سواء فاراد أحدهما قسمته فانى انظر فى ذلك فان كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما وان كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وان كان الزرع بين ورثة فى أرض لغيرهم فأرادوا قسمة الزرع فان كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضى ولا بغير التراضى لان الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان كان بقلا لم أقسمه لما فى ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضاء أصحابه لان موضعه من الارض عارية لهم جميعا الا أن يشترطوا فى البقل أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فاذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا ان في هذه القسمة اتلاف جزء فلا يباشره القاضى ولا يمنع الشركاء منه ان تراضوا عليه ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الارض لم يجز ذلك ان اشترطا تركه فى الأرض الى وقت الادراك وان اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة فى هذا كالبيع فكما لا يجوز شراء الزرع قبل الادراك بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع في نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجز وان اقتسموه على أن

يقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فان استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة فى ترك ما أصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طاب له الفضل وان تركه بغير رضاهم يصدق بالفضل بمنزلة المشترى للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان ترك باذن البائع طاب الفضل وكل شئ يحتاج فى قسمته الى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما فى ذلك من اتلاف الجزء الا أن يرضي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد انى لا أمنعهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فاما أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصي بصوف علي ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم أقسمه وكذلك اللبن فى الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته الا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز فاما الولد في البطن فلا يجوز شركته بين الشركاء بحال لمضي الضرر والجهالة ولان المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما بالتراضى لم يجز وان كانت قوصرة تمر بينهما أودن خل فاراد أحدهما قسمته لان هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تميز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به فكذلك يفعله القاضى عند طلب بعض الشركاء وان كانت خشبة أو باب أو رحاء أودابة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لانها لا تحتمل القسمة من غير ضرر وكذلك اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ واليواقيت بين الشريكين اذا أراد ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن اذا كانت باعيانها وان كانت جبة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فان كان فى قطعها ضرر علي واحد منهما لم أقسمها وان لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وان كان حبا كثيرا قسمته بينهما لانه لاحاجة الى القطع هنا فى القسمة وهو نظير الثياب اذا كانت من نوع واحد وتقسم نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفر والنحاس لانه لا ضرر فى قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به والسفل لغيرهما أو سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم اذا طلب بعض الشركاء لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفى القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما واذا كان بين رجلين بئرا وعين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فانى لا أقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر علي كل واحد منهما

فان كان مع ذلك أرض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وتركت القناة والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يقدر على أن يجعل لارضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وأنهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهم لانه لا ضرر على واحد منهم فى هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الاراضى فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان البيع لايجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لاأجبر واحدا منهما على البيع فى شيء مما سميناه فى هذا الكتاب وان طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمه الله يقول اذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فان القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه اذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لانه لاطريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما الا هذا واذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك يثبت له ولاية الاجبار على البيع فى كل موضع تتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لانه يتضرر بذلك فالاشقاص لا تشترى الا بثمن وكس فينبغي أن تثبت له ولاية الاجبار على البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك أن في الاجبار على البيع معنى الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة الى اجبار الشريك على ذلك لنفوذ تصرفه فى نصيبه تبعا قوله بان لايشترى منه الا بوكس قلنا انه لا يملك نصيبه الا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا انما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له فى الزيادة توضيحه أن ولاية الاجبار لمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما فى القسمة وفى الاجبار هنا ازالة الملك وللناس فى أعيان الملك أغراض (ألا ترى) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلان لا يكون له ان يجبره على بيع نصيبه من غيره كان أولى والله أعلم بالصواب

باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها

(قال رحمه الله ذكر عن عكرمة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذرعوا الطريق سبعة أذرع ثم ابنوا وبظاهر هذا الحديث يأخذ بعض العلماء رحمهم الله فيقول عند المنازعة بين الشركاء فى الطريق ينبغي أن يقدر الطريق سبعة أذرع ولسنا نأخذ

بذلك) لان هذا خبر واحد فيما تم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فانا نرى الطرق التى اتخذها الناس فى الامصار متفاوتة فى الذرع ولو كان الحديث صحيحا لما اجتمع الناس على ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد أن يتجاوزه الى ما هو أكثر منه أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو انه كان ذلك فى حادثة بعينها وراء حاجة الشركاء الى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر ويبنوا فيما وراء ذلك لبيان المصلحة لهم فى ذلك لا لنصب مقدار فى الطريق شرعا واذا كانت الدار بين رجلين فأراد قسمتها وفيها طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما من القسمة ليس له ذلك ويترك الطريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله من باب الدار الى باب الذى له الطريق ويقسم بقية الدار بين الرجلين على حقوقهما لانه لا حق لصاحب الطريق فى بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين على ما كان عليه جميع الدار بينهما قبل القسمة فان رقبة الطريق ملكهما ولم يباشر فيه قسمة فيبقى على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره فى ذلك وانما جعل الطريق بعرض باب الدار لان ذلك طريق متفق عليه فاليه يرد المتنازع فيه ولانه لا فائدة له فى الزيادة على ذلك لانه انما يحمل فى هذا الطريق ما يدخله من باب الدار الى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله الى باب داره وليس لهم قسمة هذا الطريق الا أن يتراضوا بينهم جميعا لان حق التطرق فيه مستحق لصاحب الطريق فكما لا يكون لصاحبي الدار أن يفوتا ذلك عليه بالبناء فكذلك لا يكون لهما أن يفوتا ذلك عليه بالقسمة وان باعوا هذه الدار وهذا الطريق برضا منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الارض بثلث الطريق وصاحب الممر بالثلث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر فى ذلك مساوى للشريكين فى رقبة الطريق بحق مستحق له فساواهم أيضا فى ثمن حصة الطريق وكان الكرخى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة اذا كان هو شريكا فى أصل الطريق فاما اذا كان له حق الممر ولا شركة له فى أصل الطريق فلا حصة له من أصل الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون المنفعة فيختص به مالك العين وقد كان لصاحب الممر حق فى المنفعة دون العين فان رضى بالبيع كان ذلك منه رضا بسقوط حقه فلا يكون له فى الثمن شركة (ألا ترى) ان بيع الممر وحده بدون رقبة الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ما هو حق صاحب الممر وقد روى عن محمد رحمه الله أنه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين

الشريكين اذا كان فيه حق المر لآخر يكون قيمة ملكهما أنقص منه اذا لم يكن لغيرهما حق المر فيه فقد رد ذلك النقصان حق صاحب المر بقيمة الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين نصفين فيضرب كل واحد منهم فى الثمن عند البيع بمقدار حقه والأصح ما ذكر فى ظاهر الرواية لانه لامقصود فى الطريق الا المر والمالية والتقوم باعتبار المقصود ولاجله يجوز البيع فاذا استووا فى ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأبيد ولا يتم البيع الا برضاهم فلهذا قلنا بانهم يستوون فى الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد أصحابها قسمتها لم يكن لصاحب المسيل منعهم من القسمة ولكن يتركون له مسيله وهذا والطريق سواء فيما بينا من المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فانه يعزل طريق واحد عرضه عرض باب الدار الى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقى من الدار بين أهلها لان مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق فيه الى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد منهما بطريق واحد من باب الدار عرضه باب الدار الى الموضع الذى يفترق فيه طريق كل واحد منهما الى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم يكون متعنتا فلا يلتفت الى تعنته ولكن الى الموضع الذى يفترق الطريق بهما يترك لهما طريقا واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق الى باب داره وان كان باب صاحب الدار أعظم من باب الدار الاعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار لان مالا يدخل فى باب الدار الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فان كان أوسع من باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة لرجل فى دار رجل وطريقها الى باب الدار لم يكن على أهل باب الدار أن يتركوا له من الطريق الا قدر عرض باب الدار دون عرض باب الصفة ولو كان له منزل بطريقه فى الدار فقسمت الدار وترك له الطريق فاراد أن يفتح من منزله الى هذا الطريق بابين أو ثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو أراد أن يرفع جميع الحائط لم يكن لاحد أن يمنعه من ذلك فكذا اذا أراد أن يفتح فيه بابين أو ثلاثة وهذا لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أى باب دخل منه فى منزله ولا يستحق ببابين إلا ما يستحقه بباب واحد فهو بهذا التصرف لم يزد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل بين اثنين فقسماه بينهما وفتح كل واحد منهما بابا الى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق في هذا الطريق الى منزلهما فلا فرق بين أن يتطرقا فيه من باب أو بابين وان كان صاحب المنزل

واحدا فاشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها اليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل وفى هذا الطريق فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله أن يمر من الدار فى المنزل وفى الطريق المرفوع بينهم لانه له حق التطرق في هذا الطريق الى منزله وبعد مادخل منزله فلا يمنعه أحد من أن يدخل داره لانه ينتقل من ناحية من ملكه الى ناحية أخرى ولانه لاضرر على أهل الطريق اذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا وان كان للدار ساكن آخر لم يكن له أن يمر في هذا الطريق لانه ما كان لصاحب الدار حق التطرق فى هذا الطريق فليس له أن يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب الممر يريد أن يستوفي من ملك الغير أكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف ما اذا كان صاحب المنزل والدار واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب فى هذا ولو اختصم أهل الطريق فى الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذا لم يعرف أصله لاستوائهم فى اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل على قدر مافى أيديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فان عند اختلاف الشركاء فيه يجعل الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان الحاجة هناك تختلف بكثرة الاراضى وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الامر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم الى التطرق فى الطريق سواء فلهذا يجعل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ماأشرنا اليه فى المسئلة الاولى أن صاحب المنزل باضافة الدار المشتراة الى منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق فى الطريق ولو كان يعتبر فى قسمة الطريق ذرع ملك كل واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل أن يضيف الدار المشتراة الى منزله وان عرف أصل الطريق كيف كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لان ما اعتبرناه نوع من الظاهر فانما يصار اليه اذا لم تعلم حقيقة الحال بخلافه فان كانت دارا لرجل ولآخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فارادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه لان الورثة قائمون مقام المورث ولو كان هو حيا فباعاه كان الثمن بينهما نصفين فبموته وكثرة ورثته لايزداد نصيبه ولا ينتقص نصيب صاحب الطريق وان لم يعرف ان أصل الدار بينهم ميراث وجحدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب الطريق لانهم مستوون فى الحق فى الطريق وقد بينا ان البناء على الظاهر واجب مالم يعلم خلافه وكل واحد منهما فى الظاهر أصل فى نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم واذا

كان في يد رجل بيت من الدار وفي يد آخر بيتان وفي يد آخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فلكل واحد منهم ما في يده لان الظاهر يشهد له فيما في يده وساحة الدار بينهم أثلاثا لاستوائهم في اليد عليها فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات أحدهم عن ورثة كان لورثته ثلث الساحة لانهم قائمون مقامه في ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لانه صلح جرى بينهم عن تراض واذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم أو ظلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يذرع ذلك في قسمة الدار بينهم (ألا ترى) أن عند أبي حنيفة رحمه الله لكل واحد من المسلمين أن يخاصم في رفع ذلك البناء وعندهما رحمهما الله اذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك فعرفنا أنه لا حق للشركاء فيه الا في نقض البناء فيعتبر قيمة ذلك في القسمة بينهم فاما أن يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة علي طريق غير نافذ قد كان ذرعها يحسب في ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو في الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف في كيفية القسمة في العلو والسفل بالذرع بين الشركاء والله أعلم

باب قسمة الدار للميت وعليه دين أو وصية

(قال رحمه الله واذا اقتسم الورثة دارا لميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا أما اذا كان الدين مستغرقا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك وأما اذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاحراز ولا يسلم للوارث شيء من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أوانها فهو كقسمتهم في حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بمته في الدين ونفذت القسمة) لان كل مال الميت محل لقضاء الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من أموالهم على قدر مواريثهم أو ابراء الغريم الميت من الدين جازت القسمة لزوال المانع أما بوصول حقه اليه أو بسقوط دينه بالابراء وكما أن سائر تصرفات الورثة في التركة تنفذ اذا

وصل الى الغريم حقه فكذلك القسمة واذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصي والورثة على الموصى له الغائب بغير قضاء قاض لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في عين التركة حتى لو أراد ايفاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فان كان هو غائبا وليس عنده خصم حاضر لم تجز القسمة والوصي لا يكون خصما عن الموصى له لانه قائم مقام الميت والملك الثابت للموصى له ملك متجدد والوصي انما ينتصب خصما عمن يكون خلف الميت فى الملك الذي كان ثابتا للميت فلهذا يجوز قسمة الوصي مع الموصى له على الورثة ولا تجوز قسمته مع الورثة علي الموصى له وانما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضى اذا كان هو الذى قسم بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له علي الموصي له الغائب فيما يرجع الى النظر له واذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصي ولا للغائب وكيل ثم قدم الغائب فله أن يبطل القسمة وكذلك الصغير اذا كبر لانه لا ولاية للحضور مع الورثة على الغائب والصغير خصوصا فى تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة وماينقل ومالا ينقل فى ذلك سواء وان كان شئ من ذلك ميراثا بين قوم ولا دين على الميت ولا وصية ثم مات بعض الورثة وترك عليه دينا أو أوصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير ولا وصي له فاقتسم الورثة الدار بغير قضاء قاض فللغرماء أن يبطلوا القسمة وكذلك أهل الوصية والوارث الغائب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما فى العين أوفى المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر ولانهم قائمون مقام الميت الثانى فى حصته ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته واذا اقتسم الورثة دارا بينهم واشهدوا على أنفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة الميت مهرها وأقامت عليه البينة فلها أن تنقض القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالميراث خروجا من دينها لان دين الوارث كدين أجنبي آخر وللورثة أن يقضوا الدين من مال آخر لهم فيستخلصوا التركة لانفسهم فهى انما وافقت معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراءا للميت عن المهر ولا اقرارا بانه لادين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لاتنفذ الا بشرط قضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل أن يصل اليه الدين لايكون معتبرا بل وجود ذلك كعدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لا لحق الغريم خاصة فاذا لم يقضوا دينها كان لها أن تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث آخر دينا على الميت فهو والمهر سواء ولو أن

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية لان الاب لو أراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه في الوصية الا أن الاب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سعي في نقض ما قد تم ضل سعيه واقدامه على القسمة معهم اقرار بانه لا وصية لابنه لما بينا ان الموصى له بالثلث شريك الورثة في العين فالقسمة لا تصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بانه لا وصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء حق الغريم من محل آخر جائز ولا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا أو ساعيا في نقض ماقدتم به ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا في كلامه فلا تسمع دعواه وللابن اذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة واذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاقتسموها على قدر ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخا له من أبيه وأمه قد ورثاه معهم وأنه مات بعد ابنه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال انما قسمتم لي ميراث من أبي ولم يكتبوا في القسمة انه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة لانه لما ساعدهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه أن بعض الدار لاخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسعي في نقض ماقدتم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا في القسمة أنه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبق لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا ازالة الاشكال وبيان التسوية في الفصلين في الجواب فكذلك لو أقام البينة انه اشتراها من ابنه في حياته أو انه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لانه مناقض في كلامه شارع في نقض ماقدتم به واذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من أبيهم فمات أحدهم وترك ابنا كبيرا فاقتسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم أن ابن الابن أقام البينة علي أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدهم علي القسمة فقد أقر أنه لاوصية له فيها فكان هو في دعوى الوصية بعد ذلك مناقضا ولو ادعى لنفسه دينا على ابنه وأقام البينة على هذا الدين كان له أن يبطل القسمة لما بينا أن مساعدته اياهم على القسمة لا تكون اقرارا على أنه لادين علي ابنه وانما ساعدهم على القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفى دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فاجاز الغريم

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث اذا كان هو الغريم ومعنى هذا أنه لا معتبر باجازة الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف باجازته وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوي الدين ساعيا فى نقض ماقد تم به بخلاف مااذا ادعى الشركة فى العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تم برضاه كما لو كان الموصي له أجنبيا آخر فيكون هو في دعوي الوصية ساعيا فى نقض ماقد تم به واذا ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه فى حياته بثمن مسمى ونقده الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل ذلك بالقسمة لانه خصم فى نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضرته ورضاه واذا كانت الأرض ميراثا بين قوم فاقتسموها وتقابضوا ثم أن أحدهم اشترى من الآخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشراء جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشراء كلاهما تصرف من الوارث فى التركة فلا ينفذ مع قيام الدين واذا ورث ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاقتسموها أثلاثا وتقابضوا ثم أن رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقين فقال أنا لم أقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الاول وكذبه الثانى وقال المشترى لاأدرى أقسمتم أم لا فالقسمة جائزة لانها تثبت بحجة أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم القسمة بعد تمامها لا تبطل بجحود بعض الشركاء ويتبين أن الاول باع نصيب نفسه خاصة فكان بيعه صحيحا وأما الثانى انما باع ثلث الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره وانما ينفذ بيعه فى نصيبه خاصة ويتخير المشترى فيه ان شاء أخذ ثلث قسمه بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا يقال ينبغي أن ينصرف بيعه الى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لانه ملكه فى منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شائعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ماقبل القسمة فانه اذا باع ثلث الدار فانه ينصرف بيعه الى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع فى جميع الدار كما باعه ولو كان المشترى أقر في الشراء الاول بالقسمة وأقر فى الشراء الآخر أنها لم تقسم والمسئلة على حالها كان القضاء بينهم على ماوصفته لان فى اثبات القسمة بينهم هم الخصماء ولا قول للمشترى في ذلك ولان المشترى فى كلامه الثانى مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر فى حقه حتى اذا رد البيع الثانى فانه يرد عليه من نصيب الاول

ثلثه لانه أقر به له وكانه جحده فى الكلام الاول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان أمضي البيع لزمه ثلثا الثمن بثلث نصيب الاول وثلث نصيب الثانى لان زعمه معتبر فى حقه فبقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد سلم له بزعمه ثلثا مااشتراه من الثانى ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى فى يد البائع الثانى ثلثا قسمه الذى أصابه لان المشترى منه ماسلم اليه ذلك القسم إلا الثلث واذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث فانى أقبل منه البينة على ذلك ولا يخرجه قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى دينا قبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بأنها ميراث وان كان فيها دين أو وصية على معنى أنه كان ملكا للميت الى وقت موته وانه ميراث لورثته اذا سقط الدين أو رد الموصي له فلا يكون هو فى دعوى الدين والوصية مناقضا فى كلامه بخلاف ما اذا ادعى شراء من الميت أو هبة أو صدقة فانه لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لانه مناقض فى كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث الى وقت موته والمشترى منه فى حياته لا يكون مملوكا عند موته وكذلك لو أقر أنها ميراث من غير أبيه فذلك غير مسموع منه للتناقض واذا اقتسما القوم دارا ميراثا عن الميت والمرأة مقرة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها علي حدة ثم ادعت انه أصدقها اياها وأنه اشتراها بصداقها فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم علي القسمة فقد أقرت انها كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهى مناقضة فى هذه الدعوى بعد ذلك وكذلك اذا اقتسموا فأصاب كل انسان طائفة بجميع ميراثه عن أبيه ثم ادعى أحدهم فى قسم الآخر بناء أونخلا زعم أنه هو الذى بناه أو غرسه وأقام البينة بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار أن جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لاخيه من أبيه وذلك يمنعه من دعوى الملك لنفسه لا من جهة أبيه ولو اقتسموا دارا أو أرضا فيها زرع ونخيل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة وانما أشهدوا بما أصاب كل واحد منهم بميراثه من أبيه فان الزرع والثمار لا يدخلان فى هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم أن يطلب نصيبه منها لان القسمة فى هذا كالبيع وقد بينا أن الثمار والزرع لا يدخلان فى البيع ان لم يشترط بكل قليل وكثير هو منه أوفيه فكذلك لا يدخلان فى القسمة ولو كانت للدار والارض غلة من اجارة كانت أو من ثمن ثمرة دين علي رجل لم يدخل ذلك فى القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه

وبقي ذلك بينهم على المواريث ولو شرطوا ذلك في قسم رجل كانت القسمة فاسدة لان كل واحد منهم يصير مملكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما يملك عليه من نصيبه من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز ولو اقتسموا على أن ضمن أحدهم دينا علي الميت مسمى كان هذا باطلا اذا كان في أصل القسمة لان القسمة كالبيع ولو شرط على المشتري في البيع أن يضمن دينا على البائع كان باطلا فكذلك اذا شرط في القسمة وان ضمنه بغير شرط في القسمة على أن لا يبيع الوارث الميت ولا ميراثه بشيء من ذلك وعلى أن يبرئ الغرماء الميت كان هذا جائزا ان رضي الغرماء بضمانه كما لو ضمنه أجنبي آخر بشرط براءة الميت ورضي الغرماء بذلك وهذا لان المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فان أبي الغرماء أن يقبلوا ضمانه فلهم نقض القسمة لقيام دينهم على الميت وهو مانع من نفوذ القسمة وان تراضوا بضمانه وابرؤا الميت ثم نوى المال عليه رجعوا في مال الميت حيث كان لانهم أبرءوه بشرط وهو أن يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فاذا لم يسلم كانوا على حقهم في اتباع تركة الميت بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود الى ذمة المحيل والله أعلم بالصواب

باب دعوى الغلط في القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقابضوا ثم ادعى أحدهم غلطا في القسمة فانه لا يشتغل باعادة القسمة بمجرد دعواه) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد وقوله في ذلك غير مقبول كالمشتري اذا ادعي لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط ولكن ان أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه لان المعتبر في القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وان لم يكن له بينة وأراد ان يستحلفهم على الغلط فله ذلك لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه الي نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما علي قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره ففيما في يده يجعل كان ما أقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك

كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر ان القسمة وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل الى كل ذى حق حقه والبناء على الظاهر واجب مالم يثبت خلافه واذا اقتسم رجلان دارين وأخذ احدهما دارا والآخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا كذلك ذراعا فى الدار التي في يد صاحبه وفصلا فى قسمة فانه يقضى له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة وليس هـذا كالدار الواحـدة فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله واما في قول أبي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار ان بينهما نصفان لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز الا بالتراضى وبيع كذا كذا ذراعا من الدار التى فى يد الغير لا يجوز فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه فى البيوع فكذلك اذا شرط ذلك لاحدهما فى دار صاحبه فى القسمة كانت القسمة فاسدة وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا ان قسمة الجبر فى الدار انما تجري عندهما اذا رأى القاضى المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولـكن من أصلهما أن بيع كذا كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك فى القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان معنى التمييز هناك يغلب على المعاوضة فى القسمة ولهذا لا يجبر عليه بعض الشركاء عند طلب البعض فاذا شرط لاحدهما كذا كذا ذراعا فى نصيب صاحبه لا يحصل التمييز بهـذه القسمة بل الشرط والشيوع يبقى بذلك القـدر فلا تصح القسـمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب على ما بينا وتتحقق المعاوضة مع شرط كذا كذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه واذ اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراحان والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الاقرحة التى في يد الآخر وأقام البينة انه له فأصابه فى قسمة فانه يقضي له به لانه أثبت الملك لنفسـه فى تلك العين بالقسمة وأثبت انه لم يقبضه واسـتولى عليه شريكه بغير حق فيقضي له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا فى الاثواب فان لم يكن للمدعى بينة كان له أن يستحلف الذى فى يده الثوب لان ذى اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولـكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه أمر بتسليمه اليه فاذا أنكر استحلف على ذلك وان أقام البينة على ثوب بعينه مما فى يد صاحبه انه أصابه فى قسمة وجاء الآخر ببينة انه أصابه في قسمة فالبينة بينـة الذى ليس الثـوب في يده لان دعواهما فى الثوب دعوى الملك وبينة الخارج فيه تترجح على بينة ذى اليد لانه هو المحتاج

الى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف فى بيوت الدار وان اقتسما مائة شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسئلة فى الحاصل على ثلاثة أوجه أحدها ان يدعى الغلط فى التقويم وذلك غير مسموع منه وان أقام البينة على ذلك لانه شاع فى نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين واختلاف الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت شيئا فى ذمة غيره انما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف الغصب فان بينة المغصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا فى ذمة الغاصب فالمغصوب مضمون بالقيمة دينا فى ذمة الغاصب توضيحه أن القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا تقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين على صاحبه فكذلك في القسمة والثانى أن تكون الدعوى فى عدد ما أخذ كل واحد منهما بان قال أحدهما لصاحبه احدث احدى وخمسين غلطا أو أحدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أحدث أنا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعى البينة لان الاختلاف بينهما فى مقدار المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعى الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعى شاة مما فى يد صاحبه انها ملكه اصابته فى القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال أخطأنا فى العدد وأصاب كل واحد منا خمسين خمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقتسمنا على هذا لك خمس وأربعون ولى خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا وتراد لان القسمه فى معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك فى القسمة لانه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه بالتراضى فيفسخ بالتحالف أيضا وان أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لان صاحب الخمس وأربعين هو المدعى وهو المثبت ببينته فيترجح كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة واذا اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابنى هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هى فى يديه أصابنى هذا كله تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما فى المعقود عليه فى الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينهما على ما شهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان ما أصاب

كل واحد منهما معلوم بحدة وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ماتقدم فهناك أبتت بينة صاحب الخمس وأربعين انه بقي من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلهذا بطل القسمة وان اختلفا فى الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا الحد لى قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر هذا الحد لى قددخل فى نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة أحدث بينة هذا وبينة هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه فى جزء مما فى يد صاحبه بعينه واجتمع ذلك الجزء بينة الخارج وبينة ذى اليد فيترجح بينة الخارج وان لم يقم لهما بينة أستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعى لنفسه جزءا معينا فى يد صاحبه وان أراد أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بينا أن الاختلاف بينهما فى المعقود عليه وفي مقدار ماحصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة اذا طلب ذلك احدهما كما فى البيع *رجل مات وترك دارا وابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعي أحدهما بيتا فى يد صاحبه لم يصدق علي ذلك الا أن يقر به صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعنى أنه أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه فى يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان أقر به صاحبه فاقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق له ولو لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمنا فاصابنى فى هذه الناحية وهذا البيت والناحية فى يده والبيت فى يد صاحبه وقال شريكه بل أصابنى البيت وما فى يدى كله فانى أسأل المدعى عن البيت أكان فى يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه اليه أو غصب منه بعد القسمة فان قال كان فى يدى بعد القسمة فغصبناه أو أعرته أو أجرته لم أنقض القسمة لتصادقهما على شريكه بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه وبقي دعواه أن البيت وصل الى يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان كان قال فى يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه الي تحالفا ويراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في الحد وعلى هذه القسمة فى جميع أجناس الاموال يكون الجواب على التقسيم الذى قلنا اذا ادعى أحدهما شيئا فى يد صاحبه ولو ادعى غلطا فى الذرع فقال أصابنى الف وأصابك الف فصار فى يدك الف ومائة وفي يدى تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابنى الف فقبضتها

ولم أزد فالقول قول الذي يدعي قبله الغلط مع يمينه لان صاحبه يدعى عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وان قال أصابنى الف ومائة وأصابك الف ومائة وقال الآخر أصابنى الف وأصابك الف فقبضت أنت الفا ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وتراضيا لانهما تصادقا على أن المدعى عليه قبض الف ومائة وانما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعى يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبي الف ومائة والاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف بينهما ولان المدعى لم يقر بقبض المائة هنا والمدعى عليه يدعى ذلك فلا بد من استحلافه وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعى قبله الفصل لانهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذى تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتمامها بالقبض فاذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا فى المعقود عليه واذا اختلفا فى مقدار ماقبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا فى المعقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار فى يد أحدهما ستون وفى يد الآخر أربعون فقال الذي فى يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا باعيانها وخلطتها بغنمك فهى لا تعرف وجحد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابنى ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال الاول أصابنى خمسون فدفعت الى أربعين وبقى في يدك عشرة لم تدفعها الى وقال الآخر أصابنى ستون وأصابك أربعون تحالفا وتراد الان الاختلاف بينهما فى مقدار ماأصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي فى يده ستون لاقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لان صاحبه مناقض فى الدعوى بعد ذلك الاقرار وبالدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فان ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لان دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر وان لم يشهد بالوفاء فقال الذى فى يده الاربعون كانت غنم والدى مائة شاة فأصابنى خمسون وأصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا وهى هذه وقال الذى فى يده الستون بل كانت

غنم والدى مائة وعشرين فأصابنى ستون وأنت ستون ولم أغصبك وقد تقابضنافان هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الآخر انما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فما زاد على المائة وقد أقر ذو اليد ان هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها الى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف بقيت هذه العشرة فى يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فان لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابنى ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذى ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبرأه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فان كانت قائمة بعينها اقتسماها نصفين والا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التى لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت وبجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل أن ترد الستون والاربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الاولى والله أعلم

باب قسمة الوصى على أهل الوصية والورثة

(قال رحمه الله واذا كان فى الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين فى نصيبه يكون متملكا علي أصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز) وكذلك لو اقتسموا الدين فاخذ كل واحد منهم من حقه فيها دينا على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم مملك نصيبه مما فى ذمة زيد من صاحبه لم تملك عليه من نصيبه مما فى ذمة عمر واذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز بعوض عين فلان لايجوز بعوض دين أولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطلة لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولاتجوز قسمة وصى الاب بين الصغير لان القسمة فى معنى المعاوضة وليس للوصى ولاية بيع مال أحد القسمين من صاحبه لانه لا ينفرد بالتصرف الا عند منفعة ظاهرة لليتيم وفى هذا التصرف أن نفع احدهما أضر بالآخر وان كان معهم ورثة كبار فان قسم نصيب الصغيرين معا جاز ذلك لان المعاوضة فى مال الصغيرين مع الوارث الكبير جائزة فكذلك قسمة نصيب الصغيرين معا مع الوارث الكبير (قال) فى الاصل وكذلك الاب ومراده هذا الفصل لا ما قبله فقسمة الاب مع ابنيه الصغيرين جائزة لانه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي فيفرده

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منفعة ظاهرة للصبي ولاتجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم اذا كانوا حضورا فان كان فيهم غائب فقاسم الوصي عليه لم يجز فى العقار وجاز فى غيره لأن القسمة فى العروض من الحفظ وللوصى ولاية الحفظ فى نصيب الكبير الغائب فكان له فى نصيبه من القسمة ما يرجع الى الحفظ فاما العقار فحصنه بنفسها وليس في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا ولاية له فى نصيب الكبير الغائب فى مطلق التصرف وان كان فيهم صغير وكبير غائب وكبير حاضر فعزل الوصى نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز فى العقار وغيرها في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على الكبير الغائب في العقار وهذه تنبنى على ما بيناه فى كتاب الشفعة ان عند أبى حنيفة بثبوت ولايته في نصيب الصغير يملك بيع جميع التركة من العقار وغيره وعندهما لا يملك البيع الا فى نصيب الصغير فكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم فى وصى الذمى لانه فى ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت ورثته مسلمين فانه يخرج من الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم علي الصغير قبل أن يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات والانابة فى التصرف بعد الموت كالانابة في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ تصرفه عليه فكذلك اذا جعله وصيا فى التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة ما لم يخرج من الوصاية لاعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصى عبدا لغير الميت فهو وصي نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة ما لو وكله فى حياته حتى يخرجه القاضي من الولاية فالرقيق ليس من أهل أن تثبت له الولاية علي غيره لانه لا ولاية له علي نفسه وانما يتعدى الى الغير عند وجود شرط التعدى ما كان للمرء من الولاية علي نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لانه لا ولاية له عليه وهو ليس بنائب عن الصغير فى التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجعل كتصرف المنوب عنه ولا يجوز قسمة الحربى المستأمن على ابن صغير له ذمى لان الذمى من أهل دارنا ولا ولاية للحربى على من هو من أهل دارنا ويجوز علي ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض الاية ولا تجوز قسمة المرتد اذا قتل على ردته على ولد له صغير مثله مرتد

لانه لاولاية له عليه ولانه لاولاية له على التصرف فى ماله اذا قتل على ردته حتى تبطل قسمته لنفسه وسائر تصرفاته اذا قتل على الردة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ففى حق ولده الصغير أولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير فى جميع ما وصفنا لانه لاولاية له على نفسه وهو محتاج الى تصرف الولى له كالصغير وأما المبرسم والمغمى عليه والذى يجن ويفيق فلا تجوز عليه القسمة إلا برضاه أو وكالته في حال افاقته لان بهذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا يصير موليا عليه واذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه فى حال افاقته بطريق التوكيل فلا حاجة الى اقامة رأى الولى مقام رأيه بخلاف الصغير والمعتوه فانه لا يمكن تنفيذ التصرف له وعليه باعتبار رأيه فى ذلك فأقمنا رأى الولى مقام رأيه لتحقق الحاجة وأهل الذمة فى القسمة بمنزلة أهل الاسلام الا فى الخمر والخنزير يكون بينهم فأراد بعضهم قسمتها وأبى بعضهم فانى أجبرهم على القسمة كما أجبرهم على قسمة غيرها لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم كالخل والغنم فى حق المسلمين وان اقتسموا فيما بينهم خمرا وفضل بعضهم بعضا فى كيلها لم يجز الفضل فى ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فانه مكيل أو موزون وفى حكم الربا هم يستوون بالمسلمين فهو مستثنى من عقد الذمة واذا كان وصي الذمى مسلما كرهت له مقاسمة الخمر والخنزير ولكنه يوكل من يثق به من أهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بعد القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف فى الخمر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغي أن يفوض ذلك الى ذمى ولا يشكل جواز ذلك على أصل أبى حنيفة رحمه الله لانه يجوز للمسلم أن يوكل الذمى بالتصرف له فى الخمر والخنزير وكذلك على قولهما هنا لان الوكيل نائب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير (ألا ترى) أنه يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال الصغير والوصي فيما يأمر من ذلك كالقاضي وأمر القاضى الذمى بالبيع والقسمة فى خمور يتامى أهل الذمة صحيح فكذلك أمر الوصى به وان وكل الذمى المسلم بقسمة ميراث فيه خمر وخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشراؤه فى الخمر والخنزير لانه انما يتصرف للغير بوكالته فى مال يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض برأى غيره فيه فان فوض ذلك اليه فوكل ذميا به جاز واذا أسلم أحد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الخمر والخنزير مع سائر الورثة جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز فى قولهما لان فى القسمة معنى البيع فهو كالمسلم يوكل الذمى ببيع الخمر والخنزير ولو أخذ نصيبه من الخمر فجعله خلا كان المسلم ضامنا

لحصة شركائه من الخمر التى خللها لان القسمة لم تصح عندهما كمالو باشر بنفسه فاما قبض
نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون
الخل له واذا كان فى تركة الذمى خمرا وخنزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي
يوكل ببيع ذلك رجلا من أهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين الميت لان من يأمره القاضى يكون
نائبا عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال الميت والميت كافر فيجوز بيع الذمى
خمرة على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لأن يكون بيع قيم القاضى واقما
لهم والمكاتب كالحر فى القسمة لانه من صنيع التجار وفيها معنى المعاوضة كالبيع وان عجز بعد
القسمة لم يكن لمولاه فسخها لان القسمة تمت فى حال قيام الكتابة فهو كبيع أو شراء أتمه المكاتب
ومقاسمته مع مولاه جائزة لانه فى التصرف مع المولى بيعا أو شراء كاجنبي آخر فكذلك
المقاسمة ولا تجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب حاضراً أو
غائبا لانه فى حكم التصرف فى كسبه كاجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب وصار ذلك
لمولاه لم تجز تلك القسمة كمالا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو من
كسب المكاتب كالاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز أومات لم يجز لوكيله أن
يقاسم بعد ذلك لان الوكيل نائب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا
ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز لوباشره لنفسه فكذلك من وكيله وان أعتق فهو على وكالته
لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه بنفسه وان أوصى
المكاتب عند موته الي وصى فقاسم الوصى ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء
فان قسمته فى هذا جائزة على ماتجوز عليه قسمة وصى الحر لانه يؤدى كتابته ويحكم بحريته حال
حياته وكانه أدى الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه فى التصرف على ولده الصغير كوصى
الحر وقال فى الزيادات وصيه بمنزلة وصي الحر فى حق الابن الكبير الغائب حتى يجوز
قسمته فيما سوي العقار وما ذكر هنالك أصح لانه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية
مطلقة وان استندت حريته الى حال حياته لانه فى تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن
ينظر الى الولد فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصى اذا كان للموصى ولاية
مطلقة (ألا ترى) أن وصى الاخ والعم لا يثبت له من الولاية الاقدر ما كان للموصى فهنا أيضا
كان للموصي على ولده الصغير المولود فى الكتابة من الولاية مايرجع الى الحفظ ولا ولاية له

عليه نوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرناه فى املاء شرح الزيادات وان لم يترك وفاء فقاسم الوصى الولد الكبير للولد الصغير وقد سعوا فى المكاتبة لم يجز لانه لا ولاية له على الولد الصغير فانه مكاتب للمولى اذا اختار المضي على الكتابة فان أدوا المكاتبة قبل أن يردوا القسمة أجزت القسمة لانهم لما أدوا الكتابة حكم بعتق المكاتب وكان وصيه كوصى الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك تنفذ تلك القسمة منه لانه لا فائدة فى الاشتغال بنقض قسمة يحتاج الى اعادتها والعبد التاجر بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فاذا قاسم العبد التاجر عبداً تاجرا مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين أو على أحدهما وان لم يكن على واحد منهما دين فقسمتهما باطلة بمنزلة البيع والشراء وهذا لان كسبهما لمالك واحد والقسمة فى مال هو خالص لمالك واحد لا تتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاه كمقاسمته مع مولاه ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمتهما لان كل واحد من المكاتبين فى كسبه بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاه دارا وعليه دين جازت القسمة وان لم يكن عليه دين لم تجز القسمة لان المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي فى التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار بين العبد ورجل آخر فقاسم مولى العبد الشريك بغير رضاء العبد فان لم يكن على العبد دين فهو جائز وان كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز الا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى فى كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلا أجنبيا داراً بغير أمر مولاه وعليه دين أولا دين عليه فهو جائز لانه من نوع التجارة وقد استفاده بمطلق الاذن في التجارة ولا تجوز قسمة العبد المحجور عليه بغير أمر من المولى والحاصل أن القسمة تصرف كالبيع والشراء فانما تصح ممن يملك البيع والشراء فى ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين أذن له أحدهما فى التجارة فاشترى هو ورجل آخر دارا جاز ذلك فى حصة الذى أذن له لان الاذن فك الحجر وقد ثبت ذلك فى نصيب الذى أذن له فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كما لو كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جائز كما لو باع نصيبه من شريكه أو من غيره جاز ذلك لثبوت حكم انفكاك الحجر فى نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاه الذى لم يأذن له فقاسمها اياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الاجنبي بسبب انفكاك الحجر عنه فى نصيب

الاذن والمولى الذى لم يأذن له من نصيب الاذن كالاجنبي وهو نظير مالو كاتبه أحد المولين على نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الاجنبي ومع المولى الآخر فكذلك بعد الاذن من أحدهما له فى التجارة والله أعلم بالصواب

كتاب الاجارات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي املاء إعلم أن الاجارة عقد على المنفعة بعوض هو مال والعقد على المنافع شرعا نوعان أحدهما بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بعوض وهو الاجارة وجواز هذا العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى. رفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا أى فى العمل باجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام على أن تأجرنى ثماني حجج فان أتممت عشرا فمن عندك وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا مالم يقم الدليل على انفساخه وقال صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فاقرهم علي ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن القياس يأبى جواز هذا العقد لانه يرد على المعدوم وهى المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولانه ملك المعقود عليه بعد الوجود لابد منه لانعقاد العقد والمعدوم لايوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا لان المعاوضات لاتحتمل الاضافة كالبيع والنكاح (قال) رضى الله عنه وهذا عندى ليس بقوي واشتراط الوجود والملك فيما يضاف اليه العقد لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك لايتحقق فى المنافع فان الوجود يعجزه عن التسليم بحكم العقد هنا لان المنافع أعراض لاتبقى وقتين والتسليم حكم العقد والحكم يعقب السبب فلا يتصور بقاء الموجود من المنفعة عند العقد الى وقت التسليم فاذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة فى ملك العقد مقام المنفعة فى حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ماهو المقصود بالنكاح فى حكم العقد والتسليم وتقام الذمة التي هى محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه فى حكم جواز السلم أو

يجعل العقد مضافا الانعقاد الي وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة وانما يفعل كذلك لحاجة الناس فالفقير محتاج الى مال الغنى والغنى محتاج الي عمل الفقير وحاجة الناس أصل فى شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لاصول الشرع ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لابد من اعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة فاعلام المنفعة ببيان المدة أو المسافة وذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه لا للتوقيت فى العقد فان المنافع لما كانت تحدث شيئا فشيئا فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة بمنزلة الكيل والوزن فى المقدرات أو ببيان المسافة فان مقدار السير والمشي يصير به معلوما واعلام العمل ببيان محله والمعقود عليه فيه وصف يحدثه فى المحل من قصارة أو دباغة أو خياطة فيختلف مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه اقامة العمل بيده الا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ يجب الوفاء بالشرط لانه مفيد فبين الناس تفاوت فى إقامة العمل بايديهم وكما يجب اعلام مايرد عليه العقد يجب اعلام البدل لقطع المنازعة وقد دل عليه الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن أبي هريرة وأبى سعيد رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته وقال لا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وببعضه كتاب الاجارات وهو مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول وبالعمل به وفيه دليل على أنه لا يحل الاستيام على سوم الغير وهذا اللفظ يروى بروايتين بكسر الميم فيكون نهيا والنهى مجزوم ولكن المجزوم اذا حرك لاستقبال الألف واللام حرك بالكسر ويرفع الميم وهو نهى بصيغة الخبر وأبلغ ما يكون من النهى هذا كالامر فان أبلغ الامر ما يكون بصيغة الخبر قال سفيان بن عيينة رحمه الله بظاهر الحديث اذا استام على سوم الغير واشترى أو نكح على خطبة الغير فالعقد باطل لان النهي يوجب فساد المنهى عنه ولكنا نقول هذا نهى لمعنى فى غير المنهى عنه غير متصل به وهو الاذى والوحشة الذى يلحق صاحبه وذلك ليس من العقد فى شيء فيوجب الاستياء ولا يفسد العقد كالنهى عن الصلاة فى الارض المغصوبة ثم هذا النهى بعد ماركن احدهما الى صاحبه فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن أحدهما الى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه ويشتريه

على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه ولم يشتره فاشتراه آخر فأعتقه الحديث وهذا لان بيع المزايدة لا بأس به على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قعبا وحلسا ببيع من يزيد وصفة بيع المزايدة ان ينادى الرجل على سلعته بنفسه أو بنائبه ويزيد الناس بعضهم على بعض فمالم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يزيد واذا ساومه انسان بشيء فكف عن النداء ورضي بذلك فحينئذ يكره للغير أن يزيد ويكون هذا استياما على سوم الغير وكذلك اذا خطب امرأة ولم تركن اليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ماروي أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان معاوية يخطبنى وان أبا الجهم يخطبنى فقال صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل صعلوك لامال له وأما أبو الجهم فهو لا يرفع العصا عن أهله أنكحى أسامة بن زيد فانك تجدين فيه خيرا كثيرا فاما بعد ماركن أحدهما الى صاحبه لا يحل لاحد أن يخطبها لان معنى الاذى انما يتحقق فى هذه الحال والمراد بالنجش الاثارة ومنه سمى الصياد ناجشا لانه ينثر الصيدعن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة بثمن يعلم أنها لاتساوى ذلك ولايقصد شراؤها وانما يقصد أن يرغب الغير فى شرائها به وهذا من باب الخداع والغرور وقوله ولا تبيعوا بالقاء الحجر وفى بعض الروايات ولاتنابذوا وهو عبارة عن هذا المعنى أيضاً فالنبذ هو الطرح وهذه أنواع بيوع كانوا تعارفوها فى الجاهلية وهى أن يرمى الحجر الى سلعة انسان فان أصابها وجب البيع بينهما أو يطلب سلعة من انسان فان طرح اليه صاحبها وجب البيع بينهما ثم نهى الشرع عن ذلك لما فيه من الغرر كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومقصوده آخر الحديث ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا دليل جواز الاجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب اعلام الاجر وانه لا يجب تسليم الاجر بنفس العقد لانه أمر بالاعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الاولى أن يقول فليؤته أجره وفى قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه دليل على ذلك أيضا فانه أمر بالمسارعة الى أداء الاجرة وجعل أول أوقات المسارعة مابعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن أول وقت الوجوب هذا وعن أبى امامة قال قلت لعبد الله ابن عمر رضي الله عنهما انى أكرى ابلى الى مكة أفتجزينى من حجتى فقال ألست تلبى وتقف وترمى الجمار قلت بلى قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتنى عنه فلم يجبه حتى أنزل الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال صلى الله عليه وسلم أنتم حاج

وفى هذا دليل جواز الاجارة وجواز كراء الابل الى مكة شرفها الله من غير بيان المدة لان ذكر المسافة فى الاعلام كبيان المدة ثم أشكل على السائل حال حجه لان خروجه كان لتعاهد ابله وا كتساب الكراء لنفسه وهو موضع الاشكال فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل من أشراط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة فازال ابن عمر رضي الله عنهما اشكاله بماذكر له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لايتأذى الحج وانما يتأذى بالاحرام والوقوف والطواف والرمى وهو بهذه الاعمال لايبتغى عرض الدنيا وهذا جواب تام لواقتصر عليه ولكنه أحب أن يزيده وضوحا فروى الحديث لان الاول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر بضوء السراج وتبصر اذا بزغ الضياء الوهاج ثم فيه دليل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينتظر نزول الوحي في بعض مايسأل عنه فانه آخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية ثم بين له أنه لا نقصان فى الحج وأهل الحديث يروون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التجارة فى طريق الحج ولما كان اكراء الابل فى معناه روى ابن عمر رضي الله عنهما الحديث فيه وعلى هذا قلنا الرستاق اذا دخل المصر يوم الجمعة لشراء الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في الثواب والذي لاشغل له سوى اقامة الجمعة سواء لان مقصود المسلم اقامة العبادة فيما سوى ذلك يكون تبعا له ولايتمكن نقصان فى ثواب العبادة وان سعيد بن جبير رضي الله عنه قال أتى رجل الى ابن عباس رضى الله عنهما فقال اني أجرت نفسى من قوم وحططت لهم من أجرى أفيجزينى من حجتى فقال ابن عباس رضى الله عنهما هذا من الدين قال الله تعالى ليس عليكم جناح الآية وانما أشكل على هذا السائل ماأشكل على الاول وكانه بلغه الحديث الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد وانما لك دينارك فى الدنيا والآخرة فظن مثله في الحج وحط بعض الاجر به ليرتفع به نقصان حجه فان الحط احسان وانتداب الى ماندب في الشرع ومثله مشروع جبرا لنقصان الفرائض كالنوافل فازال ابن عباس رضي الله عنهما اشكاله وبين أنه لانقصان فى حجه ولم يأمره بالكف عن حط الاجروان كان حجه بدونه تماما لان المنع من البر والاحسان لايحسن وهو على ماأفتى به ابن عباس رضى الله عنهما بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد فانه خرج ليخدم غيره لاليباشر الجهاد وهذا خرج ليباشر أعمال الحج ويخدم فى الطريق غيره فكان هذا تبعا لايتمكن به نقصان

فى الاصل وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم علي حائط فاعجبه فقال لمن هـذا الحائط فقلت لى استأجرته فقال صلى الله عليه وسلم لاتستأجره بشئ منه وفيه دليـل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعجبه من الدنيا مايعجب غيره ولـكنه كان لا يركن اليه كما قال الله تعالى ولا تمدنّ عينيك الى متعنا به الآية وهذا القدر من الاعجاب لايضر أحدا بخلاف مايقوله جهال المتصوفة أن من أعجبه شئ من الدنيا ينتقص من الايمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حبب الى من دنيا كم ثلاث النساء والطيب وجعلت قرة عيني فى الصلاة فلما أعجبه قال صلى الله عليه وسلم لمن هذا وفيه بيان أن هذا ليس من جملة مالا يعنى المرء فرسول الله صلي الله عليه وسلم ما كان يتكلم بمالا يعنيه ولكنه من باب الاستئناس وحسن الصحبة وفى قول رافع رضي الله عنه لى استأجرته دليل علي ان الشئ يضاف الى المرء وان كان لا يملكه حقيقة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ولهذا قلنا من حلف أن لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها فلان باجارة أو عارية حنث وفى الحديث دليل جواز الاستئجار للاراضي ودليل فساد عقد المزارعة فنى المزارعة استئجار الارض ببعض مايخرجه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضي الله عنه عن استئجار الارض بشئ منه فهو حجة أبي حنيفة رضى الله عنه على من أجازه وعن الشعبي رحمه الله فى رجل استأجر بيتا وأجره با كثر مما استأجره به أنه لا بأس بذلك اذا كان يفتح بابه ويغلقه ويخرج متاعه فلا بأس بالفضل وفيه دليل أن للمستأجر أن يؤجر من غيره وبه يقول لجواز هذا العقد من المالك قبـل وجود المنفعة كان بالطريق الذى قلنا وهو موجود فى حق المستأجر ولان المالك ما كان يتمكن من مباشرة العقد عليها بعد الوجود لانها لاتبقى فكذلك المستأجر ثم بين أنه انما يجوز له أن يستفضل اذا كان يعمل فيه عملا نحو فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بازاء عمله وهذا فضل اختلف فيه السلف رحمهم الله كان عطاء رحمه الله لا يرى بالفضل بأسا ويعجب من قول أهل الكوفة رحمهم الله حيث كرهوا الفضـل وبقوله أخذ الشافعي رضى الله عنه وكان ابراهيم رحمه الله يكره الفضل الا أن يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل وأخذنا بقول ابراهيم رحمه الله وقلنا اذا أصلح فى البيت شيئا أو طين البيت أو جصص أو زاد فيه لوحا فالفضل حـلال لان الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملا لامره على الصلاح وان لم يزد فيه شيئا لا يطيب له الفضل لنهى النبي صلى

الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والمنفعة بالعقد لم تدخل في ضمان المستأجر فيكون هذا استرباحا علي مالم يضمنه فعليه أن يتصدق به للنهى عن وكيس البيت ليس بزيادة فيه انما هو اخراج التراب منه فلا يطيب الفضل باعتباره وكذلك فتح الباب واخراج المتاع ليس بزيادة فى البيت فلا يطيب الفضل باعتباره الا أن يكون شرط له من ذلك شيئا معلوما في العقد فحينئذ يكون الفضل بمقابلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رضى الله عنه وعن ابراهيم رحمه الله انه كان يعجبهم اذا أبضعوا بضاعة أن يعطوا صاحبها أجرا كي يضمنها وهذا منه اشارة إلا انه قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فيكون دليلا لمن يضحى الاجير المشترك لان المستبضع اذا أخذ أجرا فهو أجير على الحفظ وهو أجير مشترك ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذى به يضمنها فيحتمل أن يكون المراد كى يضمن مايتلف بعمله مما يكون قصد به الاصلاح دون الافساد وبه نقول فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده وعن شريح رحمه الله أنه خاصم اليه بقال قد أجره رجل بيتا فالقي فيه مفتاحه فى وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو برئ من البيت وكان هذا مذهب شريح فى الاجارة أنه لا يتعلق بها اللزوم فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لانه عقد علي المعدوم بمنزلة العارية ولان الجواز للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالاجارة عقد معاوضة واللزوم أصل فى المعاوضات ولان فى المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بحديث شريح رضى الله عنه من وجه فقال ان ألقى اليه المفتاح بعذر له فهو برئ من البيت والعذر ان يريد سفرا أو يمرض فيقوم أو يفلس فيقوم من السوق وما أشبه ذلك وهذا لان شريحا رحمه الله أفتى بضعف هذا العقد ولكن جعله فى الضعف نهاية حيث قال ينفرد بالفسخ سواء كان له عذر أولم يكن ومن يقول لا ينفرد بالفسخ مع وجود العذر فقد جعله نهاية فى القوة وفى الجانبين معنى الضرر فانما يعتدل النظر ويندفع الضرر بما قلنا لان عند الفسخ تعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ولان العقد معاوضة وهو دليل قوته وعدم مايضاف اليه العقد عند العقد دليل ضعفه وما يجاذبه دليلان يوفر حظه عليهما فدليل القوة قلنا لا ينفسخ بغير عذر ولدليل الضعف قلنا ينفسخ بالعذر لان صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة الى دفع الضرر كالمشترى يرد المبيع بالعيب وظاهر مايقوله في الكتاب أنه ينفسخ العقد عند العذر بفعل المشترى ولكن

الاصح ماذكره في الزيادات أن القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما إذا أثبت العذر عندهما في الرد بالعيب وجه هـذه الرواية أن المستأجر غير قابض للمنفعة حتى لم يدخل فى ضمانه فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء وجه تلك لرواية أن عين الحانوت أقيم مقام المعقود عليه في حكم انعقاد العقد فكذلك فى حكم الفسخ وهو قابض للحانوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لايتم الا بالقضاء وعن ابراهيم رحمه الله انه كان لايضمن الاجير المشترك ولا غيره وفسر الاجير المشترك فى الكتاب بالقصار والخياط والاسكاف وكل من يقبل الاعمال من غير واحد وأجير الواحد أن يستأجر الرجل الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه الى مكة وما أشبه ذلك مما لا يستطيع الاجير أن يؤجر فيه نفسه من غيره والحاصل ان أجير الواحد من يكون العقد واردا علي منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه فى حكم العين فان صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه فى حقه الوصف لذى يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره لان مااستحقه الاول فى حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا فى ذمته لا يتعذر عليه به قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقى العين فبعد ماباعه من انسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا سمى هذا مشتركا والاول أجير الوحدة ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول ابراهيم رضي الله عنه اذا تلفت العين بغير صنعه فلاضمان عليه سواء كان أجير واحد أو مشترك تلف بما يمكن الاحتراز عنه أو بما لا يمكن وأخذ به أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى أجير الواحد أيضا وفى الاجير المشترك أخذ بقول شريح رحمه الله على ماروى عنه بعدهذا انه كان يضمن الاجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فقد روي عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ماضاع على يده وعن علي رضى الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما ولأجل الاختلاف اختار المتأخرون رحمهم الله الفتوى بالصلح على النصف وسنقرر هذه المسائل بطريق المعنى فى مواضعها ان شاء الله تعالى وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يضمن الملاح كل شئ الا الغرق والحرق والملاح أجير مشترك وقد بينا أن من مذهب شريح رحمه الله أن الاجير المشترك ضامن

الا مالا يمكن التحرز عنه والذى لا يمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الغرق الغالب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول ان غرقت من مده أو معالجته فهو ضامن لان التلف بفعله والاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان احترقت من نار أدخلها السفينة لحاجة له من خبز أو طبخ أو غيره فلا ضمان عليه لان السفينة كالبيت فلا يكون هو معتديا فى ادخال النار السفينة لحاجته واذا كان التلف غير مضاف اليه تسببا ولا مباشرة لم يكن ضامنا وكان ابن أبى ليلي رحمه الله يضمن الاجير المشترك ولكنه كان يقول لاضمان علي الملاح فى الماء خاصة وان غرقت السفينة من مده لان الغرق غالب لا يمكن الاحتراز عنه فهو كالحرق الغالب والغارة الغالبة ولكنا نقول الاحتراز ممكن بمنع السفينة عند المد والمعالجة من موضع الغرق فاذا حصل التلف بعمله كان ضامنا وعن شريح رحمه الله أنه أتاه رجل بصباغ فقال انى أعطيت هذا ثوبى ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح رحمه الله اضمن له ثوبه فقال الصباغ كيف أضمن له ثوبه وقد احترق بيتى فقال له شريح أرأيت لو احترق بيته أكنت تدع له أجرك وكان هذا الحرق لم يكن غالبا وكان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكانه عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت أو بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلهذا قال له إضمن له ثوبه ثم احتج عليه الصباغ وقال كيف أضمن له وقد احترق بيتى وكانه ادعى بهذا أن الحرق كان غالبا ولم يصدقه شريح رحمه الله لعلمه بخلاف قوله ثم قال أرأيت لو احترق بيته كنت تدع له أجرك ومعنى استدلاله هذا ان الحفظ مستحق له عليك والاجر لك عليه فكما لا يسقط ماهو مستحق لك باحتراق بيته فكذلك لا يسقط ما هو مستحق له باحتراق بيتك ولو كان هذا الصباغ فقيها لبين الفرق ويقول له أيها القاضى قياسك فاسد فالاجر لى فى ذمته وباحتراق بيته لا يفوت محل حقى وحقه فى عين الثوب وباحتراق بيتى يفوت محل حقه ولكن لم يحضره هذا الفرق أو احتشمه فلم يعارضه والتزم حكمه وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله ان احترق بيته بعمل هو متعدى فيه فهو ضامن وان كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان على أجير الواحد الا اذا خالف ما أمر به وذكر عن أبى جعفر أن عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما من الصناع احتياطا للناس أن لا يضيعوا متاعهم وعن أبى جعفر أيضا ان عليا رضى الله عنه لم يكن يضمن القصار فى الرواية والصباغ والصائغ ونحو ذلك وعن بكير بن الاشج

قال كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضمن الصياغ ما أفسدوا من متاع الناس أوضاع على أيديهم وقد بينا اختلافهم فيما اذا حصل التلف بغير صنع الاجير وفى هذا دليل على اجماعهما على تضمين الاجير المشترك لما جنت يده لان قوله ما أفسدوا من متاع الناس عبارة عن التلف بعلمهم فهو دليل على زفر والشافعى رحمهما الله لنا فانهما يقولان لا يضمن ماجنت يده وسيأتيك بيان المسئلة فى موضعه ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم ابن أبى الهيثم رحمه الله اتبعت كاذيا من السفن فحملت خوابى منها حمالا فانكسرت الخابية فخاصمته الى شريح رحمه الله فقال الحمال زاحمنى الناس فى السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله انما استأجرك لتبلغها أهله فضمنه اياها والكاذى دهن تحمل من الهند فى السفن الي العراق وقيل هو اسم لما يتخذه راكب السفينة من الاوانى كالامتعة لحاجته فيسع ذلك اذا خرج من السفينة وقد بينا أنه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك بما يمكن التحرز عنه من الاسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل الزحام فلهذا ضمنه وعلى قول أبى حنيفه رحمه الله لا ضمان على الحمال فيما تلف فى يده بفعل غيره وهو ضامن اذا تعثر أو زلقت رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد أن يحلف لانه أمين عنده فاذا أنكر السبب الموجب للضمان عليه كان القول قوله مع يمينه وعن ابن سيرين رحمه الله قال كان شريح رحمه الله اذا أتاه حائك بثوب قد أفسده قال رد عليه مثل غزله وخذ الثوب وان لم ير فسادا قال على بشاهدى عدل على شرط لم يوفك به وفيه دليل على أن الاجير المشترك اذا افسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ماله فيما هو من ذوات الامثال والغزل من ذوات الامثال وان أداء الضمان يوجب الملك له فى المضمون وبآخر الحديث أخذ ابن أبى ليلى رحمه الله فيقول اذا اختلفا في الشرط القول قول الحائك وعلي رب الثوب البينة أنه خالف شرطه وعندنا القول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته فالقول قوله فى صفته وعن عامر رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا وأكل ثمنه واسترق الحر ورجل استأجر أجيرا واستوفي عمله ومنعه أجره ورجل أعطانى ثم غدر واللفظ الذى ذكر فى هذا الحديث أبلغ مايكون من الوعيد فرسول الله صلي الله عليه وسلم شفيع لامته وكل مؤمن يرجو النجاة بشفاعته فاذا صار الشفيع خصما يشتد الامر وهو معنى قوله ومن كنت خصمه خصمته

أى ألزمته وحجته فاما قوله رجل باع حراً وأكل ثمنه فالمراد صورة البيع لا حقيقته فالحر ليس بمحل لحقيقة البيع وببيع الحر يرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع فسمى فعله بيعا وما يقبض بمقابلته ثمنا مجازاً ومن يفعل ذلك بحر فقد استذله والمؤمن عزيز عند الله ورسوله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خصم لمن يستذله وانما تمكن من ذلك بقوته وضعف ذلك الحر ورسول الله صلى الله عليه وسلم خصم عن كل ضعيف وهو يظلمه باسترقاقه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يذب عن كل مظلوم حتى ينتصف من ظالمه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم ورجلا استأجر أجيرا فاستوفى عمله ومنعه أجره لانه استذله بالعمل واستزبنه بمنع الاجر وظلمه فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه وفيه دليل جواز استئجار الاجير وان الأجر لا يملك بنفس العقد لانه ألحق الوعيد به بمنع الاجر بعد العمل فلو كان الاجر يجب تسليمه بنفس العقد لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد على منع الاجر وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل أعطانى ثم غدر أى أعطى كافرا أمان الله وأمان رسوله ثم غدر وهو معنى ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول فى وصيته لامراء السرايا وان أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم وهذا يرجع الى مابينا من المعنى فالمستأمن يكون مستذلا فى ديارنا فاذا غدره واستحقره بعد اعطاء الامان بالله ورسوله فقد ظلمه وعن أبى نعيم رحمه الله عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان والمراد بعسب التيس أخذ المال على الضراب وهو انزاء الفحول على الاناث وذلك حرام فانه يأخذ المال بمقابلة الماء وهو مهين لاقيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم مالا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس فى وسعه وهو ينبنى على نشاط الفحل أيضا وكذلك قفيز الطحان وهو أن يستأجر طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقها وذلك حرام لان العقد فاسد فانه لو صح كان شريكا باول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر ثم الأجر اما أن يلتزمه فى الذمة أو فى عين موجود وهو ماالتزمه فى الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد فاما كسب الحجام فاصحاب الظواهر يأخذون بظاهر هذا الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لانه يأخذه بمقابلة ما استخرج من الدم أو ما يشرط فهو مجهول فيكون محرما وقد دل عليه حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عسب التيس ومهر البغى وكسب الحجام والمراد بمهر البغى ما تأخذ الزانية شرطا على الزنا فقد كانوا يؤاجرون الاماء لذلك وفيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء الآية لما قرن بين ذلك وكسب الحجام عرفنا أن كسب الحجام حرامٌ ولكنا نقول هذا النهى فى كسب الحجام قد انتسخ بدليل ماذكره فى آخر حديث أبى هريرة رضي الله عنه قال فأتاه رجل من الانصار وقال ان لى حجاما وناضحا أفأعلف ناضحى من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لى عيالا وحجاما أفأطعم عيالى من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهى دليل انتساخ الحرمة ودل عليه أيضا حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان حراما لم يعطه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل إيكاله قال صلي الله عليه وسلم لعن الله آكل الربا وموكله وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا النهى في كسب الحجامة ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان ذلك يدنى المرء به ويخسسه وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفسافها ونحن نقول به فالاولى للمؤمن أن يكتسب بما لا يدنيه وقد دل عليه حديث عثمان رضي الله عنه حين سأل بعض مواليه عن كسبه فذكر أنه حجام فقال ان كسبك لوسخ وذكر عن عطاء ومجاهد وطاوس رحمهم الله قال لاضمان علي الاجير الراعى وان اشترطوا ذلك عليه وبه يقول ان كان أجير واحد فهو أمين كالمودع واشتراط الضمان على الامين باطل وان كان الراعى مشتركا فلا ضمان عليه فيما تلف بغير فعله عند أبى حنيفة رحمة الله عليه شرط ذلك عليه أولم يشترط وهو ضامن لما تلف من فعله شرط ذلك أو لم يشترط وعندهما ماتلف بما لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه فيه شرط أو لم يشترط فاشتراط الضمان عليه باطل على اختلاف الاصلين والله أعلم بالصواب

باب كل الرجل يستصنع الشئ

(قال رحمه الله اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمن وبيع دين فى الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع

فالمستصنع فيه مبيع عين) ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والعمل مشروط فيه وهذا لان هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم و لاستصناع استفعال من الصنع فعرفنا أن العمل مشروط فيه ثم أحكام ماالناس فيه تعامل من الاستصناع قدبيناه فى شرح البيوع فبذلك بدأ الباب هنا وبين الفرق بينه وبين ماإذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه اناء مسمى باجر مسمى فانه جائز ولا خيار له فيه اذا كان مثل ما سمى لان ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا فان بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه فاما في الاستصناع المعقود عليه العين بفسخ العقد فيه ممكن فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه ولان الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه فأما فى الاستصناع المقصود هو العين والعقد يرد عليه حتى لو صار دينا بذكر الاجل عند أبى حنيفة رحمه الله لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك وان أفسده الحداد فله أن يضمنه حديدا مثل حديده ويصير الاناء للعامل وان شاء رضى به وأعطاه الاجر لان العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله وموافق من وجه وهو اقامة أصل العمل وان شاء مال الي جهة الخلاف وجعله كالغاصب ومن غصب حديدا وضربه اناء فهو ضامن حديدا مثله والاناء له بالضمان وان شاء مال الى جهة الوفاق ورضى به متغير الصفة فأخذ الاناء وأعطاه الاجر كالمشترى اذا وجد بالبيع عيبا الا أنه يعطيه أجر مثله لايجاوز به المسمى لانه انما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ما أقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان المنفعة انما تتقوم بالعقد والتسمية ولم يوجد ذلك فيما زاد علي المسمى ولانه لما رضى بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أرضى به بمقابلة عمل فاسد وهذا بخلاف المشترى فانه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الاوصاف والفائت بالعيب وصف وهنا البدل بمقابلة العمل المشروط وبالافساد ينعدم ذلك العمل فلهذا لايلزمه جميع المسمى وان رضى به وكذلك كل مايسلمه الى عامل ليصنع له شيئا مسمى كالجلد يسلمه الي الاسكاف ليصنعه خفين والغزل يسلمه الى حائك لينسجه فلو استصنع عند حائك ثوبا موصوف الطول والعرض والرقعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا فى القياس مثل الخف وغيره يريد به قياس الاستحسان فى مسئلة الخف ولكن هذا لايعمل به الناس وانما جوزنا الاستصناع فيما فيه

تعامل ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول انه لا يجوز ولو ضرب لهذا الثوب أجلا وتعجل الثمن كان جائزا وكان سلما لا خيار له فيه وان فارقه قبل أن يعجل الثمن فهو فاسد قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الاجل فيه لا يصير سلما فالاستصناع الفاسد بذكر الاجل كيف يكون سلما صحيحا فان الاجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد فذكر الاجل فيه يكون لغوا والأصح أنه قولهم جميعا والعذر لهما أن تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب ففيما للناس فيه تعامل أمكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذى صرحا به وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن فيصار الى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلما * توضيحه أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل فذكر المدة لاقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعا عينا فاما فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لاقامة العمل فى العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه دينا وذكر المدة لتأخير المطالبة وهذا هو معنى السلم فيجعله سلما لذلك ولو أسلم غزلا الى حائك لينسجه له سبعا في أربع فحاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء أخذ ثوبه وأعطاه الاجر الا فى النقصان فانه يعطيه الأجر بحساب ذلك ولا يجاوز به ماسمى له أما ثبوت الخيار له فلتغيير شرط العقد لانه ان حاكه أكثر مما سمى فهو أرق مما سمى وان حاكه أصغر مما سمى فهو أصفق مما سمى هذا اذا كان قدر له الغزل وان لم يكن قدره له فاذا حاكه أكثر مما سمى فقد زاد فيما استعمله من غزله على ماسمى وان كان أصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فلتغير شرط العقد ثبت له الخيار ان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه غزلا مثل غزله والثوب للحائك ولا أجر له عند ذلك بمنزلة من غصب غزلا ونسجه وان شاء رضي بعمله لكونه موافقا له في أصله وان خالف في صفته وأعطاه الاجر الا في النقصان فاما اذا أراد فقد أتى بالعمل المشروط وزيادة فيعطيه الاجر المسمى وفى الزيادة لم يوجد مايقومه وهو التسمية فلا يطالبه بشيء من ذلك وأما فى النقصان قال يعطيه من الاجر بحساب ذلك ومعنى هذا الكلام أنه ينظر الى تكسير ماشرط عليه وتكسير ماجاء به فالمشروط عليه سبع فى أربعة فذلك ثمانية وعشرون ذراعا والذى جاء به سبع فى ثلاثة فذلك أحد وعشرون ذراعا فعرفت أنه أقام ثلاثة أرباع العمل المشروط فعليه ثلاثة أرباع الاجر وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله يعطيه ثلاثة

أرباع المسمى لان جميع المسمى بمقابلة ثمانية وعشرين ذراعا فاحدي وعشرون يقابله ثلاثة أرباع المسمى كمالو استأجره ليضرب له ثمانية وعشرين لبنة بأجر مسمى فضرب احدى وعشرين فانه يستوجب ثلاثة أرباع المسمى قال رضى الله عنه والأصح عندى أنه يعطيه أجر مثله لايجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لان مالية الثوب تتفاوت بالطول والعرض وربما تنقص زيادة الطول فى المالية وزيادة العرض تزيد فيه كما فى الملاءة وربما تزيد فى ماليته زيادة الطول دون العرض كما فى العمامة فلا يمكن توزيع المسمى على الذرعان بهذه الصفة بخلاف اللبن فالبعض هناك غير متصل بالبعض فى معنى المالية واذا تقرر هذا عرفنا أن التوزيع هنا على الذرعان غير ممكن فيعطيه أجر مثل عمله ولكن لايجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لانه لو جاء بالثوب مثل ماسمى كان حصته ثلاثة أرباعه من الاجر ثلاثة أرباع المسمى فاذا تم رضاه بذلك القدر عند الموافقة يكون أرضى به عند الخلاف فلهذا أوجبنا عليه أجر مثل عمله لايجاوز به ثلاثة أرباع المسمى وكانه أشار الى هذا بقوله ولاتجاوز به الا ماسمى له بمقابلة ماجاء به وكذلك لوشرط عليه صفيقا فحاكه رقيقا لوشرط عليه رقيقا فحاكه صفيقا كان له أجر مثله لايجاوز به ماسمى لانه انما ضمن جميع الاجر بمقابلة الوصف الذى شرط عليه ولم يأت به فان مالية الثوب تختلف بالرقة والصفاقة وربما يختار الصفيق في بعض الاوقات والرقيق في بعض الاوقات فلهذا وجب المصير الى أجر المثل ولاتجاوز به ماسمى لانعدام المقوم فيما زاد عليه ولوجود الرضا من الحائك بالمسمى من الاجر ولو أمره أن يزيد فى الغزل رطلا من غزله وقال قد زدته وقال رب الغزل لم تزده فالقول قول رب الغزل مع يمينه أما جواز هذا العقد فلانه استقرض منه ماأمره أن يزيد فيه من الغزل ويصير المستقرض قابضا باتصاله بملكه فالحائك يقيم العمل فى غزل رب الثوب بخلاف ما اذا كان جميع الغزل من الحائك فان المستصنع هناك لايمكن أن يجعل مستقرضا للغزل قابضا فيكون الحائك عاملا فى غزل نفسه ثم الحائك يدعى أنه أقرضه رطلا من غزله وسلمه اليه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الحائك البينة لحاجته الى اثبات مايدعى من التسليم اليه بحكم القرض وما يدعى من الدين لنفسه فى ذمته فان أقام البينة أخذ من رب الثوب مثل غزله لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم تكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لانه انما يستحلف على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره واذا سلم اليه غزلا ينسجه ثوبا وأمره أن يزيد من عنده

غزلا مسمى بمثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجر الثوب دراهم مسماة جاز وهذا استحسان وفي القياس لايجوز لانه اشترى منه ماسماه من الغزل وهو غير معين ولامشروط فى ذمته دينا ولكنه يستحسن للتعامل فى هذا المقدار فقد يدفع الانسان غزلا الى حائك فيقول له الحائك هذا لايكفى لماتطلبه فيأمره أن يزيد من عنده بقدر مايحتاج اليه ليعطيه ثمن ذلك وانما لايجوز الاستصناع فى الثوب لعدم التعامل فاذا وجد التعامل في هذا يجوزه اعتبارا بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض فى الثوب وصف ورأينا جواز استئجار الاجير لاحداث وصف فى الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا أيضا اشتراط زيادة الطول والعرض عليه بغزل نفسه بالقياس على الصباغ فان أتاه كما شرط واتفقا على انه زاد أعطاه ثمن غزله لانه صار قابضا للمشترى باتصاله بملكه وأجر المسمى لانه وفاء بما شرط له وان قال رب الثوب لم يزد فيه شيئا وكان وزن غزل منا وقال النساج قد كان وزن غزلك منا وقد زدت فيه رطلا فوزنوا الثوب فوجدوه منوين فقال رب الثوب انما زاد لما فيه من الدقيق وقال النساج هو من الغزل والدقيق فالقول قول الحائك مع يمينه لان الظاهر شاهد له وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر وينبغى للقاضى أن يرجع الى العلماء من الحوكة فان قالوا الدقيق لايزيد فيه هذا المقدار فالقول قول الحائك مع يمينه وان قالوا يزيد فيه فالقول قول رب الثوب لانه مااشتبه على القاضي فانه مايرجع فى معرفته الى من له بصر فى ذلك الباب كما فى قيم المتلفات ومتى كان القول قول الحائك وحلف يخير صاحبه على أن يعطيه ماسمى له ومتى كان القول قول رب الثوب بأن كان يعلم أن الدقيق يزيد فيه هذا المقدار فانه يتخير صاحب الثوب لانه تغير عليه شرط عقده فانه لما أمره بأن يزيد فيه فقد أمره بثوب هو أطول أو أعرض مما جاء به وان شاء مال الى جهة الخلاف وضمنه مثل غزله وان شاء مال الي الموافقة فى أصل العمل وأعطاه من الاجر بحساب ماأقام من العمل لانه جعل جميع المسمى بمقابلة عمله فى من ونصف من الغزل وانما أقامه في من فيعطيه بحسابه من الاجر وفيه طريقان باعتبار المسمى وأجر المثل كما بينا (ولو كان الثوب) مستهلكا وقد استهلكه صاحبه قبل أن يعلم ورثته كان القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله لان الحائك يدعى عليه تسليم مانعه من الغزل ووجوب ثمنه فى ذمته وهو منكر لذلك وانما يمينه على فعل الغير فكان على العلم واذا حلف فعليه أجر الثوب وليس عليه ثمن الغزل فيقسم الاجر على عمل ثوب مثله وقيمة رطل من

غزله فيطرح عنه ماأصاب قيمة الغزل ولم يزد على هذافي الاصل قال الحاكم رحمه الله وصواب هذا الجواب أن يطرح عنه أيضا حصة ما تركه من زيادة العمل في النسج لما بينا أن المسمى بمقابلة عمله فى ثلاثة أرطال غزل وانما أقام العمل فى رطلين من غزل وهذا التقسيم والمصير الى معرفة وزن الثوب لم يذكر فى المسئلة الاولى لان موضوع المسئلة هناك فيما اذالم يكن مقدار غزل الدافع معلوما ولا يعرف الصادق من الكاذب بالمصير الى وزن الثوب وهنا وضع المسئلة فيما اذا كان وزن غزل الدافع معلوما فلهذا وجب المصير الى وزن الثوب ليعرف به الصادق من الكاذب (قال) واذا أسلم الرجل حنطة الى طحان ليطحنها بدرهم وبربع دقيق منها فهذا فاسد وهو تفسير الحديث فى النهى عن قفيز الطحان ثم الحكم متى ثبت فى حادثة بالنص وعرف المعنى فيه تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع ومن فرع هذا لودفع سمسما الي رجل علي أن يعصره له برطل من دهنه فهو فاسد أيضا وكذلك لو استأجر رجلا ليذبح له شاة بدرهم ورطل من لحمها فذلك فاسد وفى الكتاب قال وكيف يستأجر بلحم شاة حية وقد ورد الحديث بالنهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة يريد به أن الاجرة متى كانت معينة فهى بمنزلة المبيع المعين وما فى مضمون خلقة حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح عند بعضهم ما تضمنه الاصلاب والمضامين ما تضمنه الارحام وعند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ماتضمنه الارحام بالقاح الفحول واستدلوا بقول القائل شعر

وعدة العام وعام قابل ملقوحة فى بطن ناب حابل

وحبل الحبلة هو بيع مايحمل حبل هذه الناقة وكانوا يعتادون ذلك فى الجاهلية أبطل الشرع ذلك كله بالنهى عن بيع الغرر واستدل أيضا بالنهى عن بيع اللبن فى الضرع وعن بيع الصوف علي ظهورها فعرفنا أن ما كان فى مضمون خلقه حيوان لا يجوز تمليكه بعقد المعاوضة فان عمله بهذا الشرط كان له أجر مثله لان بفساد العقد لم يملك شيئا مما أقام العمل فيه فكان عاملا لغيره فيما لا شركة له فيه بعقد فاسد فيستوجب أجر المثل لا يجاوز به ماسمى لانعدام التسمية فيمازاد عليه ولوجود الرضى منه بالمسمى فان المسمى متى كان معلوما يتم الرضى به وان شرط مع الدرهم ربع قفيز دقيق جيد ولم يقل منها كان جائزا لان الدقيق مكيل معلوم يصلح أن يكون ثمنا في البيع فيصلح أن يكون أجرة أيضا ولودفع غزلا الى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب أو بجزء شائع مسمى فذلك لا يجوز فى ظاهر المذهب أيضا لانه في معنى قفيز

الطحان (قال) رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يحكي عن استاذه رحمهما الله انه كان يفتي بجواز هـذا ويقول فيه عرف ظاهر عنـدنا بنسف ولولم يجوزه انما يجوزه بالقياس على المنصوص والقياس يترك بالعرف كما فى الاستصناع ثم فيه منفعة فان النساج يعجل بالنسج ويجد فيه اذا كان له فى الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما الى رجل فقال قشّره وربه ببنفسج فاعصره على أن أعطيك أجره درهما كان هذا فاسدا لانه لايعرف ماشرط من البنفسج وجهالة ذلك تفضي الى المنازعة وهذا بخلاف مالو دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ من عنده لان مقدار الصبغ فى كل الثوب معلوم عند أهل الصنعة المسبغ منه وغير المسبغ ولا تتمكن المنازعة بينهما لان اللون فى الثوب محسوس فاما الرائحة فى الدهن المربى غير محسوس ويتفاوت ذلك بتفاوت ما يربى به من البنفسج فتتمكن المنازعة بينهما *يوضح الفرق ان اعلام مقـدار الصبغ يتعذر علي الصباغ لانه يجمع الثياب ويصبغ الكل جملة واحدة فيسقط اعتباره لذلك فاما القشار لا يخلط سمسم الناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربى سمسم كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار البنفسج فلهذا شرط ذلك وان قال على أن تربيه بقفيز من بنفسج فهذا جائز وكذلك ان كان البنفسج الذى يدخل فى مثـل هـذا السمسم معروفا عند التجار فهو جائز لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط ولا تتمكن المنازعه بينهما اذا كان ذلك معلوما فلهذ جوزناه ثم تبين بعـد هذا ما يجوز فيه الاستصناع وحاصل ذلك أن المعتبر فيه العرف وكل ماتعارف الناس الاستصناع فيـه فهو جائز فاذا جاء به الصانع مفروغا عنه واختار المستصنع أخذه فليس للصانع أن يمنع لان البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه الا أنه ان كان لم يستوف الثمن حبسه بالثمن وان باعه الصانع قبـل أن يراه المستصنع فبيعه جائز لانه باع ملك نفسه فالعقد لا يتعين في هـذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع واذا نفذ بيعه صار مملوكا للمشترى فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك واذا دفع الى اسكاف جلدا واستأجره بأجر مسمى على أن يخرزه له خفين بصفة معلومة علي أن يفعله الاسكاف ويبطنه ووصف له البطانة والنعل فهو جائز لانه متعارف واذا جاز الاستصناع فى الخف لكونه متعارفا فى البطانة والنعل أجوز ولا خيار لصاحب الاديم اذا عمله عملا مقارنا الا فساد فيـه وكان ينبغى أن يثبت له الخيار فى البطانة والنعل لانه اشترى مالم يره لكنه قال لاخيار له فى أصـل الاديم لانه ملكه ولا يتأتي الرد فى البطانة والنعل منفردا عن الاصـل ثم البطانة والنعل بيع فى هـذا العقد

والمقصود هو العمل (ألا ترى) أن بالبطانة والنعل يصير الخف أحكم وان الخف ينسب الى الاديم دون البطانة والنعل ولا خيار له فيما هو المقصود وهو العمل وفيما هو الاصل وهو الاديم فكذلك فى البيع وان جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد ان شاء لانه انما طلب منه العمل الصالح دون الفاسد فكان هو فى اقامة أصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد فى العمل مخالف فان شاء مال الى الخلاف وجعله كالغاصب فيضمنه قيمة جلده وان شاء مال الي الموافقة في أصل العمل ورضي به مع تغيير الوصف فاخذ الخفين وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة مازادفيه ولا يجاوزبه ماسمى له أما أجر مثل العمل لما بينا أن المسمى بازاء العمل الصالح فعند الفساد يجب أجر المثل وقيمة مازاد فيه لانه مشترى له وقد تم قبضه باتصاله بملكه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال قوله ولا يجاوز به ماسمى ينصرف الى الاجر خاصة دون قيمة مازاد فيه فان المشترى شراءا فاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لان الاعيان متقومة بنفسها بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر فى آخر الباب فى مسئلة الجبة ولا يجاوز به ماسمى فى أجر عمله خاصة وقالوا بيانه فى فصل يكون بينا فى جميع الفصول ولكن الاصح أن قوله ولا يجاوز به ماسمى له فى هذا الموضع ينصرف اليهما لان البطانة والنعل تابع للعمل ولهذا يجوز العقد هنا فانه لو كان مقصودا ماجاز العقد فيه واذا لم يكن معينا والتبع معتبر بالاصل فاذا كان الاصل لايجاوز به ما سمى له فكذلك فى التبع وسنقرر هذا الفرق فى مسئلة الجبة ان شاء الله تعالى وكذلك ان سلم خرقة الى صانع ليصنعها قلنسوة ويبطنها ويحشوها فهو مثل ذلك لان البطانة والحشو في القلنسوة تبع (ألا ترى) أن القلنسوة تنسب الى الظهارة وأنها بالبطانة والحشو تصير أحكم واسم القلنسوة يتناوله بدون البطانة والحشو كالخف فالجواب فيهما سواء وبجميع هؤلاء الصناع اذا رضى المستصنع العمل واجازه أن لا يدفعه له حتى يأخذ منه الاجر الا أن يكون مؤجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لان الاجرة فى الاجارات كالثمن فى البيع والمبيع يحبس بالثمن اذا كان البيع حالا ولا يحبس به اذا كان مؤجلا وعلى قول زفر رحمه الله ليس للصانع حق الحبس بالاجرة اذا كان الاصل ملكا للمستأجر لانه صار مسلما المعقود عليه باتصاله بملكه وهذا لان المعقود عليه الوصف الذى أحدثه بعمله وقد اتصل ذلك بملك المستأجر باختيار العامل ورضاه وبعد ما سلم المعقود عليه لا يكون له حق الحبس ولكنا نقول هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه فانه لا يتصور منه اقامة العمل بدون أن يتصل

ذلك بملكه ومالا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه فى الحبس وربما يقول زفر رحمه الله البدل ليس بمقابلة الاصل وانما يحبس المبدل بالبدل فاذ لم يثبت له حق الحبس فيما هو الاصل لا يثبت فى البيع ولكنا نقول حق الحبس يثبت له فى المعقود عليه ولا يتأدي ذلك الا بحبس الاصل فثبت حقه فى حبس الاصل كمن أجر عينا يلزمه تسليم العين وهو انما عقد علي المنفعة ولكن لما كان تسليم المنفعة لا يتأدى بدون العين لزمه تسليم العين فهذا مثله (قال) فى الاصل ان كان الاجل ميعادا من غير شرط فله أن لا يدفعه حتى يقبض أجره لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية فى فصل بيع المرابحة وهو أنه اذا اشترى عينا من بياع وواعده أن يستوفى الثمن منجما فى كل سبت فللمشتري أن يبيعه مرابحة من غير بيان في الصحيح من الجواب لانه مشترى بثمن حال والميعاد لا يكون لازما بدليل هذه المسئلة واذا دفع الرجل الي صباغ ثوبا يصبغه له باجر مسمى ووصف له الصبغ فهو جائز لانه اذا وصف له الصبغ وسماه من زعفران أو عصفور أو بقم فقد صار المقصود معلوما لا تتمكن المنازعة بينهما فان خالفه بصبغه على غير ما سمى له الا أنه من ذلك الصبغ فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له أما ثبوت الخيار فلانه في أصل الصبغ موافق وفى الصفة مخالف واذا اختار الاخذ أعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى له لانه رضي بالمسمى وهذا بخلاف مسئلة الخف والقلنسوة فقد قال هناك يعطيه أجر مثل عمله وقيمة مازاد فيه وهنا لم يذكر قيمة مازاد الصبغ فيه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله التسوية بينهما ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الصبغ آلة العمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون فى عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب بخلاف ماسبق وهذا لان القائم بالثوب لون الصبغ لا عينه وانما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن أن يجعل مشترى بخلاف البطانة والنعل فذلك يتصل بعمله بملكه وهو عين مال (ألا ترى) أنه يتأدى بفعله فلهذا تعتبر قيمة ما زاد فيه ووجه رواية محمد رحمه الله أن الصبغ فى الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما حتى لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فان صاحب الثوب يضرب فى الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل للبيع لما كان من الثمن حصة ولكن ماذكره في الكتاب أصح لان الصبغ بعد ما اتصل بالثوب

لا يتصور تمييزه عنه فانما يكون فى حكم مال متقوم مع الثوب لا وحده وهنا لا يجب عليه قيمة الثوب فلا يجب عليه قيمة مازاد الصبغ فيه وفى مسئلة الخف البطانة والنعل لما كان بعرض الفصل كان ما لا متقوما منفرداً عن الخف فلهذا اعتبر قيمة مازاد فيه وان اختلف الصباغ ورب الثوب فيما أمره أن صبغه به بأن صبغه بمعصفر فقال رب الثوب أمرتك بالزعفران فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن فى الصبغ ثم رب الثوب يدعى عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ولو أنكر الاذن له فى الصبغ أصلا كان القول قوله فكذا اذا أنكر الاذن فيما صبغه به واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك وقال الاسكاف بهذا أمرتنى فالقول قول المستصنع لما بينا أن الاذن يستفاد من جهته ولا يمين عليه لان توجه اليمين ينبنى على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا فان للمستصنع أن يأبى وان لم يكن الصانع مخالفا فلا فائدة فى استحلافه وكذلك لو أقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو قال المستصنع بهذا أمرتك ولكن لا أريده كان له ذلك لما بينا أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية ولو أسلم اليه خفه ينعله بأجر مسمى فهو جائز للعرف الظاهر فاذا نعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الخف بغير نعل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وقيمة النعل لا يجاوز به ماسمى لما بينا أنه فى أصل العمل موافق وفى الصفة مخالف وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وان لم يكن جيداً لان المستحق بمطلق العقد صفة السلامة فأما صفة الجودة لا تستحق الا بالشرط كما فى بيع العين ولو شرط عليه جيداً فانعله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما اذا اشتري عبدا بشرط أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة يثبت له الخيار بمنزلة مالو وجد العيب فى المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلفا فى الاجر وقد عمله عملا على ما وصفه له فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل لانه يثبت الزيادة فى حقه وهو الأجر فتترجح بينته بذلك وان قال رب الخف عملته لى بغير أجر وقال العامل عملته بدرهم ولا بينة بينهما فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم لان العامل يدعى عليه الدرهم دينا فى الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف غرم له مازاد النعل

فى خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر لان رب الخف يدعي عليه هبة النعل وهو لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف عليه واذا حلف انتفى ماادعى كل واحد منهما من العقد يبقي نعله متصلا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده ولا يجب أجر المثل لان المنفعة لا تتقوم الا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك فاما العين متقوم بنفسه ولو أقاما البينة أخذت بينة العامل لاثباته الزيادة ولو عمل الخف كله من عنده ثم اختلفا فى الاجر فالقول قول الاسكاف ولا يمين على المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء أخذه بما قال الاسكاف وان شاء تركه لما بينا ان العقد غير لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين ملك الاسكاف فلا يستحق عليه الا بما رضي به من الثمن ولو أسلم ثوبا الى صباغ فصبغه أحمر على ماأمره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين وانى أنظر الى مازاد الصبغ فيه فان زاد درهما أو أكثر فله درهم بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين وان كان دانقين أو أقل فانه يعطيه دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغه بدرهم كما يدعيه الصباغ لان الاصل فى باب الخصومات أن القول قول من يشهد له الظاهر والظاهر أن الصباغ لا يجعل فى ثوب انسان صبغا يساوى درهما بدانقين اذن يخسر وهو ما جاس لهذا والظاهر أن الانسان لا يلتزم درهما بازاء صبغ يساوى دانقين اذن يغبن والمغبون لا محمود ولا مأجور فاذا كان قيمة الصبغ درهما أو أكثر فله فالظاهر شاهد للصباغ فيجعل القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه واذا كانت قيمة الصبغ أقل من دانقين فالظاهر شاهد لرب الثوب فيكون القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وان كان أكثر من دانقين وأقل من درهم أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ماصبغه بدانقين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هنا يتحالفان لان الظاهر لا يشهد لكل واحد منهما فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه على قياس اختلاف الزوجين فى المهر اذا كان مهر المثل لا يشهد لقول واحد منهما قال رضي الله عنه والأصح عندى انه لا تحالف هنا بل اليمين على الصباغ خاصة لان المبتغى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال الصبغ بالثوب لا تصور لفسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فانه محتمل للفسخ ببعض الاسباب واذا لم يجب التحالف هنا كان علي رب الثوب قيمة الصبغ لان لاتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو قيمته علي رب الثوب كالغاصب اذا صبغ ثوب إنسان وأراد رب الثوب أخذه أعطاه قيمة الصبغ إلا أن رب الثوب هنا يدعي براءته عن بعض القيمة برضاء الصباغ بدانقين والصباغ منكر

لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم قيمة الصبغ بنفي ظاهر الدعوى والانكار والصباغ يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى ولو قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب فاما كل صبغ يزيد فى الثوب قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا بتحالف للاختلاف فى بدل العقد ولكن الصباغ يدعي لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعى على الصباغ أنه وهب الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصباغ منكر لذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ثم يضمن رب الثوب مازاد الصبغ فى ثوبه لان ما ادعاه كل واحد منهما انتفى بيمين صاحبه يبقى صبغ الغير متصلا بثوبه باذنه وعليه قيمته ولا يجاوز به درهما لان الصباغ لا يدعى أكثر من درهم فهو بهذه الدعوى يصير مبرئا له عن الزيادة على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب فى مقدار الاجرة فان لم يكن أخذ فى العمل تحالفا وتراد لان الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين فى البدل فيم ذلك أنواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ حتى يعود اليه رأس ماله وعقد الاجارة محتمل للفسخ قبل اقامة العمل كالبيع فلهذا يجب التحالف بينهما وان كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لانه لاتصور للفسخ بعد الفراغ من العمل فلا معنى للتحالف بينهما ولكن القصار يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف في البيع فكذلك فى الاجارة ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه فيمكن ايجاب قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف وهنا المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا هنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شئ للقصار فكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه أنفع للقصار فلهذا لايصار الى التحالف هنا ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ففى حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه وفى حصة مابقى يتحالفان اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان فسخ العقد في الباقي ممكن وفي حصة ما بقى يتحالفان اعتبارا وفيما أقام من

العمل متعذر وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ماإذا اشترى عبدين فهلك احدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال هناك لا يتحالفان لان العقد فيهما واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك يتعذر فسخه فيما بقى وهنا عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايقيم عليه من العمل فبأن تعذر فسخه فى البعض لا يمنع الفسخ فيمابقي وكذلك لوقال عملته لى بغير أجر فالقول قوله مع يمينه لما بينا انه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الاجير الى أجر مثله كما فى مسئلة الصباغ وقد أشرنا الى الفرق بينهما فهناك الصبغ عين مال قائم فى الثوب وهو متقوم بنفسه وهنا لاقيمة للمنفعة بدون التسمية وقد أنكر رب الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو شارط قصارا على أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم يره الثياب ولم تكن عنده كان فاسداً لان المعقود عليه مجهول فانه الوصف الذى يحدث فى الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب فى الطول والعرض والصفاقة والرقة والجودة والرداءة وعمله يتفاضل بحسب ذلك وان كان أراه الثياب كان جائزا لان برؤية المحل يصير مقدار العمل فيه معلوما ولو سماله جنسا من الثياب كان مثل ذلك مالم يرها اياه لان بتسمية الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوما فان بالغ فى بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلوما فهو واراءته الثياب سواء ولو أسلم ثوبا الى خياط وأمره أن يخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى له لانه فى أصل الخياطة موافق وفى الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون القباء والقميص تتفاوتان فى الاستعمال وان كان لا يتفق فلم يكن في أصل مقصوده مخالفا وانما خالفه فى تتميم المقصود حتى لو خاطه سراويلا كان غاصبا ضامنا ولا خيار لصاحب الثوب لانه لا مقاربة بين القميص والسراويل في الاستعمال والاصح أن الجواب فى الفصلين واحد وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو دفع اليه شبها ليضرب له طستا فضرب به كوزاً فهو بالخيار ولا مقاربة في الاستعمال هنا ولكنه موافق فى أصل الصنعة مخالف في الهيئة والصفة فكذلك فى مسئلة الثوب وان خاطه سراويلا فهو في أصل الخياطة موافق وفى الهيئة مخالف فان قال رب الثوب أمرتك بقميص وقال الخياط أمرتنى بقباء فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان والشافعى رحمه الله يقول انهما يتحالفان لانهما اختلفا في المعقود عليه ولو اختلفا في البدل تحالفا اذا كان

قبل اقامة العمل فكذلك في المعقود عليه ولكن هـذا لا معنى له هنا لان رب الثوب يدعى
عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الاجر دينا فى ذمة رب الثوب فلايكون
هـذا في معنى ما ورد الاثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد اقامة العمل
لاوجـه للفسخ وان أقاما البينة فالبينة بينـة الخياط لانه هو المدعى الاذن فى خياطة القباء
والوفاء بالمعقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول
رب الثوب لانه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لانها تثبت الزيادة وكذلك لو قال صاحب
الثوب خيطه لي بغير أجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا فى القصارة لان عمل
الخياطة المتصل بالثوب غير متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما اذا اتفقا على انه لم يشارطه
على شئ فى هذه الفصول وفى النوادر عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا أجر له لان المنافع لا
تتقوم الا بعقـد ضمان أو بتسميـة عوض وعن أبي يوسف رحمه الله قال استحسن اذا كان
خيط له فأوجب الاجر له لان الخياطة التى بينهما دليل على أنه طلب منه اقامة العمل بأجره
فقام ذلك مقام الشرط وعن محمـد رحمه الله قال ان كان العامل معروفا بذلك العمل بالاجر
فتح الحانوت لأجله فذلك ينزل منزلة شرط الاجر ويقضى له بالاجر استحسانا ولو أعطى
صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمى بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك
فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخـذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر
فى قيمة الثوب مع الاجر ومعنى هذه المسئلة أن الربع الهاشمى هو الصاع وهو ربع قفيز
فكأنه أمره بأن يصبغه صبغا غـير مشبع وقد صبغ صبغا مشـبعا فكان فى أصـل العمـل
موافقا وفى الصفة مخالف فيجبر صاحب الثوب لذلك ثم أطلق الجواب فى الكتاب ومشايخنا
رحمهم الله قالوا يقسم الجواب فيه فاما أن يصبغه بربع الهاشمى أو لا ثم بالزيادة الى تمام القفيز
أو يصبغه بالقفيز دفعة واحدة فان كان صبغه بربع الهاشمى أولا فصاحب الثوب بالخيار ان
شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر
لانه أقام العمل المشروط وصار ذلك من وجـه كالمسلم الى صاحب الثوب لاتصاله بالثوب
ثم غيره قبل تمام التسليم فان شاء لم يرض به متغيرا وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء رضي به
متغيرا وضمنه قيمته مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر وان شاء أخـذ الثوب وأعطاه
الاجر مع قيمة ما زاد من العصفر فيـه وهو ثلاثة أرباع قفيز لانه بمنزلة من غصب ثوبا

مصبوغا بربع قفيز فصبغه بثلاثة أرباع قفيز أما اذا صبغه بقفيز دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ ولا أجر له لانه ما أقام العمل المشروط ولكنه خالف فى هيئة العمل فى الابتداء ولانه لا بد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الاجر لان أحدهما تبع للآخر فلا يجمع بينهما (ألا ترى) أن فى الموضع الذى يجب الاجر لا ينظر الى قيمة الصبغ فهنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب مازاد من الصبغ فيه سقط اعتبار الاجر والحاكم رحمه الله فى المنتقى ذكر هذا التقسيم عن أبى يوسف رحمه الله وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه اذا دفع ثوبا ليصبغه بمن عصفر بدرهم فصبغه بمنوين دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أعطاه الاجر درهما مع قيمة من من الصبغ قال (قلت) لمحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة منوين من الصبغ قال لان صاحب الثوب يقول أنا خادعته حتى رضي بدرهم من قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فبعد وجود الرضى منه بهذا المقدار ليس له أن يضمن زيادة عليه فلهذا أعطاه الأجر مع قيمة من الصبغ وان كان ماروى عن محمد رحمه الله هو الاصح ولانه وان صبغه جملة فانما يتشرب فيه الصبغ شيئا فشيئا فاذا تشرب فيه المقدار المشروط وجب الاجر فكان هذا وما لو صبغه بدفعتين سواء ولو قال رب الثوب لم تصبغه الا بربع عصفر فان كان مثل ذلك الصبغ يكون بربع الهاشمى فالقول قوله مع يمينه على علمه لان الظاهر شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لانه على فعل الغير الا أن يقيم الصباغ بينة وان كان مثل ذلك لا يكون بربع عصفر وكان ذلك يعرف فالقول قول الصباغ لان الظاهر شاهد له والجواب فيه كالجواب فى المسئلة الاولى ولو قال لخياط أنظر الى هذا الثوب فان كفانى قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعد ما قطعه انه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب لانه علق الاذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا لم يكفه قميصا فانما قطعه بغير اذنه ومن قطع ثوب الغير بغير اذنه فهو ضامن لقيمته ولو قال له أنظر أيكفينى قميصا فقال نعم فقال اقطعه فاذا هو لا يكفيه لم يضمن لانه قطعه باذنه فان قوله اقطعه أذن مطلق ولا يقال قد غره بقوله يكفيك لان الغرور بمجرد الخبر اذا لم يكن فى ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار كما لو قال هذا الطريق أمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه بخلاف الاول فانعدام الاذن هناك بما صرح فى لفظه من الشرط حتى لو

كان فى لفظه هنا ما يدل على الشرط بأن يقول فاقطعه أو اقطعه اذا فهو ضامن اذا لم يكفه
لان الفاء للوصل فبذكره تبين انه شارط للكفاية فى الاذن وقوله إذا اشارة الى ما سبق
فكانه قال اقطعه اذا كان يكفيني لان هذا شرط الا أنه أوجز كلامه ولو سلم ثوبا الي خياط
فقطعه له قباء فقال بطنه من عندك واحشه علي أن لك من الاجر كذا وكذا فهو مثل الخف
الذى أمره أن يبطنه وينعله فى القياس ولكن لا أجيز هذا استحسانا لان ذلك مستحسن فى
القياس بالتعامل وهذا لا تعامل فيه فيستحسن العود الى أصل القياس فيه ويقال انه مشترى
لمعدوم أو لمجهول فلا يجوز ولان هذا ليس في معنى ذلك لان الخف بدون النعل والبطانة
يسمى خفا ولكن بالنعل والبطانة يصير أحكم فما شرط عليه يمكن أن يجعل تبعا للعمل فاما القباء
والجبة لا تكون بدون البطانة والحشو واذا كان ما التمس منه لا ينطلق عليه الاسم الا بما شرط
عليه لم يكن ذلك تبعا للعمل وانما هو استصناع لا تعامل فيه فلا يجوز ذلك فان أتاه بالقباء مبطنا
محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه وأجر خياطته ولا تجاوز به ما سمي له فى أجر خياطته خاصة
لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فكذلك استوفى غير ملكه بحكم عقد فاسد وتعذر عليه
رده فيلزمه قيمه المشترى بالغا ما بلغ وأجر مثل عمله لا يجاوز به ماسمى له وبهذا اللفظ يستدل
بعض أصحابنا رحمهم الله ممن يقول فى الفصول المتقدمة أن قوله لا يجاوز به ماسمى له من الاجر
خاصة دون قيمة مازاد فيه والاصح هو الفرق لان الحشو والبطانة هنا لم تكن فى العقد تبعا
فى العمل ولذلك فسد العقد في الاصل واذا وجب اعتبارهما مقصوداً بقيمتها بالغة ما بلغت وفيما
سبق النعل والبطانة في الخف والحشو والبطانة فى القلنسوة جعل تبعا للعمل فى العقد ولذلك
جاز العقد فكما أن فى أصل العمل لا يجاوز بالبدل ماسمى له فكذلك فيما هو تبع له ولو
أعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وأمره أن يقطعه جبة ويحشوها وينذف القطن عليها وسمى الاجر
له فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم ولو شرط على خياط أن يقطع له عشر
قمص كل قميص بدرهم ولم يسم له قدرها وجنسها لم يجز لجهالة المعقود عليه من العمل فعمل
الخياط يختلف باختلاف جنس الثياب وباختلاف القميص فى الطول والقصر ولو قال الثياب
هروية ومقداره على هذا الشئ معروف فهو جائز لان مقدار العمل بما سمى يصير معلوما
على وجه لا يبقى بينهما منازعة ولو دفع اليه ثوبا ليقطعه قميصا واشترط عليه إن خاطه اليوم فله
درهم وان لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله ان خاطه اليوم فله درهم

وان لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله لاينقص عن نصف درهم ولايجاوز به درهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على ما اشترط اذا فرغ منه اليوم فله درهم وان فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم وقال زفر رحمه الله العقد فاسد كله وهو قول الشافعي رحمه الله وهذه فصول (أحدها) أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شئ لك وهو فاسد بالاتفاق لان هذه مخاطرة فانه شرط له على نفسه درهما ان خاطه اليوم ولنفسه عليه العمل ان لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسداً ولانه يصير تقدير كلامه كانه قال لك أجر درهم على خياطتك أولا شئ ولو قال ذلك كان العقد فاسداً وكان له أجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله (والفصل) الثاني أن يقول ان خطت خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم أو يقول ان خطته قباء فلك درهم وان خطته قميصا فلك نصف درهم فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وهو القياس ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة أحدهما في المعاوضة تكون مفسدة للعقد فجهالتهما أولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو ابنتي هذه بمائة دينار فقال قبلت كان باطلا وهذا لان عقد الاجارة يلزم بنفسه واذا لم يعين عليه نوعا من العمل عند العقد لا يدري بماذا يطالبه فكان العقد فاسدا ووجه قوله الآخر أنه خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم في نفسه والبدل بمقابلة كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد كما لو اشترى ثوبين على أن له الخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم وكذلك عقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما ينعقد عند اقامة العمل وعند ذلك لا جهالة في المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد لازما في الحال والبدل يستحق بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا (والفصل) الثالث أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعند أبي حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثاني فاسد وعندهما الشرطان جائزان وفي القياس يفسد الشرطان وهو قول زفر رحمه الله كما في الفصل الاول (ألا ترى) انه لو قال في البيع ان أعطيتني الثمن الى شهر فعشرة دراهم

وان أعطيته الى شهرين فخمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين التسمتين ولهذا التردد أفسد أبو حنيفة رحمه الله للشرط الثانى فكذلك يفسد الشرط الاول وهما اعتبرا هذا في الفصل الثانى قالا انه سمى عملين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز العقد كما فى الفصل الثانى وهذا لان عمله فى الغد غير عمله فى اليوم ولصاحب الثوب فى اقامة العمل فى كل وقت غرض صحيح وانما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف الفصل الاول فهناك انما أفسدنا العقد لمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لانه فى اليومين شرط الاجر له على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول علق البرأة عن بعض الاجر بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله ان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق البرأة عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وان لم تفرغ منه اليوم فلا شئ لك فكذلك اذا علق البرأة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البرأة لاتحتمل التعليق بالشرط وهذا لان الخياطة فى اليومين بصفة واحدة وانما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل الى الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية فانهما مختلفان فلا يكون ذلك تعليق البرأة عن بعض الاجر حتى لو قال هناك وان خطته فارسيا فلا أجر لك كان ذلك استعانة صحيحة فى خياطة الفارسية واختلفت الروايات فيما اذا قال له خط هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غدا ماذا يجب له ففى احدى الروايتين يجب المسمى بمنزلة قوله خطه بدرهم وفى الرواية الاخري يجب أجر المثل لايجاوز به درهما لانه رضى بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فاذا فاته ذلك يلزمه أجر المثل فعلي الرواية الاولى يقول اجتمع فى اليوم الثانى تسميتان درهم ونصف درهم فكان العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وبيان ذلك أن موجب التسمية الاولى عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الشرط الثانى الى الاول فى الغد مع بقاء الاول فتجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه الا تسمية واحدة وهو الدرهم لان تسمية نصف درهم فى الغد لاموجب له في اليوم حتى اذا قال استأجرتك غدا لتخيطه بنصف درهم فخاطه اليوم فلا أجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثانى بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه لاتجتمع تسميتان فى واحد من العملين حتى لو قال خطه خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية الاخرى يقول التسمية الاولى لها موجب فى اليوم الثانى وهو أجر المثل فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير

موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما فى قوله وان خطته غدا فلا شيء لك بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب فى العمل الآخر فكان عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيها فلهذا افترقا واذا اشترى نعلا بدرهم وشرا كا معها على أن يحذوها البائع فهو جائز استحسانا لكونه متعارفا بين الناس واذا كان أصل العقد يجوز للعرف فالشرط فى العقد اذا كان متعارفا للجواز أولى وان اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع بعشرة فهو فاسد لانه بيع شرط فيه اجارة فانه ان كان بعض البدل بمقابلة الخياطة فهى اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهى اعانة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للعقد وهذا ومسئلة النعل في القياس سواء غير أن هناك استحسنا للعرف ولا عرف هنا فيؤخذ به بالقياس ولو جاء الى حذاء بشرا كين ونعلين استأجره على أن يحذوهما له باجر مسمى جاز وان اشترط عليه الشرا كين فاراهما اياه ورضيه ثم حذاهما له كان جائزا أيضا استحسانا وفي الخف ينعل ويرقع كذلك الجواب بخلاف مالو شرط فى الجبة والقباء البطانة والحشو على العامل والفرق بالعرف ثم شرط هنا أن يريه الشراك والنعل والصحيح أنه لا يشترط اراءته اياه ولكن ان أعلمه على وجه لا يبقى بينهما فيه منازعة فذلك كاف لما في شرط الاراءة من بعض الحرج ولو شرط على الخياط أن يكون كم القيمص من عنده كان فاسدا لانعدام العرف فيه وكذلك لو شرط على البناء أن يكون الآجر والجص من عنده وكل شيء من هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئا من قبله بغير عينه فهو فاسد الا فيما بينا للعرف فاذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل أجر مثله مع قيمة مازاد لانه صار قابضا لما اشتراه بعقد فاسد وتعذر رده حين صار وصفا من أوصاف ملكه واستوفي عمله بعقد فاسد فكان له أجر مثله واذا رد القصار على صاحب الثوب ثوبا غيره خطأ أو عمدا فقطعه وخاطه ثم جاء صاحبه فهو بالخيار يضمن أيهما شاء لان القصار جان فى تسليم ثوبه الى الغير والقابض فى قبضه وقطعه وخياطته فيضمن أيهما شاء فان ضمن القصار فقد ملك القصار الثوب بالضمان وتبين أن القاطع قطع ثوبه وخاطه بغير أمره فيرجع عليه بقيمته ويعامل بما يعامل به الغاصب وان ضمن القاطع لم يرجع القاطع بهذه القيمة على القصار لانه ضمن بسبب عمل باشره لنفسه وفى الوجهين يرجع على القصار بثوبه لانه عين ملكه وقد بقى فى يد القصار فيأخذه منه والله أعلم

باب متى يجب للعامل الاجر

(قال رحمه الله واذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه فى قول أبي حنيفة رحمه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا اذا تلف بامر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب) وكذلك الخلاف في كل أجير مشترك كالاجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشترك من يستوجب الاجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركا ولا خلاف ان أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه وهو الذى يستوجب البدل بمقابلة منافعه حتى اذا سلم النفس استوجب الأجر وان لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجر نفسه من آخر في تلك المدة وجه قولهما أنه خالف بموجب العقد فكان ضامنا كما اذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما فاذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفا موجب العقد كما قلنا فى الدق فالمستحق بالعقد وفى سليما عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا فى الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك فى القصار فانه لا يتوصل الي اقامة العمل إلا بالحفظ والعمل مستحق عليه ومالا يتوصل الى المستحق الابه يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبدل وان لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كاوصاف المبيع الا أن مالا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية فى حق النزاع فانه عفو لانه لا يستطاع الامتناع منه والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله لانه قبض العين باذن المالك لمنفعته وهو اقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الواحد وهذا لان الضمان اما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران والعقد وارد على العمل لا علي العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للفوات وهو مافوت على المالك شيئا حين قبضه باذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد فكذلك المشترك وهما يقولان يستحسن فنضمّن المشترك احتياطا بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان أجير الخاص يعمل له في بيته ولان البدل هناك ليس بمقابلة العمل فلا تشترط فيه السلامة عن العيب ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الاجير وهو أن يلزمه مالم يلتزمه ونظر الشرع

للكل فمن النظر للاجير أن لا يكون مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك وما قال انما يستقيم أن لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ الا أن يضيع بترك الحفظ وعند ذلك هو ضامن لا أجر له عند أبي حنيفة رحمه الله لان المعقود عليه الوصف الحادث فى الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا أجر له بخلاف أجير الواحد فالمعقود عليه هناك منافعه فى المدة وقد تم التسليم فيه فبهلاك العين عنده لا يبطل الأجر وأما عندهما رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لان المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب الا انه لم يتم التسليم حتى تغير الى البدل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب ان شاء رضى به متغيراً فضمنه قيمته مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أبيض بمنزلة مالو قبل المبيع قبل القبض فانه يتخير المشترى فاما اذا تلف بعمله بان دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه ان لم يجاوز الحد المعتاد وللشافعى رحمه الله فيه قولان في أحد القولين يقول هو ضامن سواء تلف بفعله أو بغير فعله وفى قوله الآخر يقول لا ضمان عليه سواء تلف بفعله أو بغير فعله وجه قول زفر رحمه الله أنه عمل مأذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضمونا عليه كالمعين فى الدق وأجير الواحد وبيانه انه استأجره ليدق الثوب ولدق عمل معلوم بحده وهو ارسال المدقة على المحل من غير عنف وقد أتى بتلك الصفة فكان مأذونا فيه ثم التخرق انما كان لوهاء فى الثوب وليس فى وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير البزاغ والفصاد والحجام والختان اذا سرى الى النفس لا يجب الضمان عليهم لهذا المعنى وهذا لان العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة ومايستحق على المرء لا يبعد بما ليس فى وسعه وبه فارق المشي فى الطريق والرمى الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فقيد بشرط السلامة والدليل عليه ان أجير القصار اذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الاجير وعندكم يجب الضمان على الاستاذ فان كان هذا العمل مأذونا فيه لم يجب الضمان على أحد وان لم يكن مأذونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فاما أن يقال من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جداً وحجتنا فى ذلك ان التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كما لو دق الثوب بغير أمره وبيان ذلك أن الاذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل فى الذمة والعقد عقد

معاوضة فمطلقه يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع ومافى الذمة يعرف بصفته والموصوف بانه سليم غير الموصوف بأنه معيب فاذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم المزين للثوب عرفنا أن المعيب المخرق للثوب غير المعقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وبه فارق أجير الواحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هنالك البدل ليس بمقابلة السليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلامة في العمل بمقتضي عقد المعاوضة الا أن هذا ليس بقوى فالمعقود عليه فى الموضعين العمل والبدل بمقابلة المقصود الا أن هنالك يقام تسليم النفس مقام العمل دفعا للضرر عن الاجير لتضيق مدة التسليم عليه وهذا لا يدل على أنه اذا وجد ماهو المقصود لا يكون البدل بمقابلته كما يقام تسليم النفس فى النكاح مقام ماهو المقصود ثم اذا وجد ماهو المقصود وهو الوطء كان البدل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه فى حق أجير الواحد منافعه ولهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لا تختلف بكونه سليما أو معيبا كما فى بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه عيبا لا يخرج العقد به من أن يكون متناولا له فعرفنا أن الاذن متناول للعمل معيبا كان أو سليما وهنا المعقود عليه عمل فى الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم اذا تناول الجيد لا يكون الردىء معقودا عليه ما لم يسقط حقه فى الجودة بالرضاء به فهنا مادام العمل السليم معقوداً عليه لا يكون المعيب معقودا عليه الا أن يرضى به وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة لا تقتضي السلامة عن العيب فبالتخرق لا يخرج العمل من أن يكون مأذونا فيه وبخلاف البزاغ والفصاد والحجام فهنالك العمل معلوم بحده لا بصفته لانه حرج والحرج الذى هو غير ساري ليس فى وسع البشر فانما يلتزم بعقد المعاوضة مايقدر علي تسليمه دون مالا يقدر فاما التحرز عن التخرق في وسع القصار فى الجملة الا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لا يمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة *يوضحه أن التخرق اما أن يكون لشيء فى طى الثوب أو لرقة فى الثوب أو لحدة فى المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمل فاما السراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجناية ولا طريق للوقوف بحال *يوضحه أن التلف هنالك لا يحصل في حال العمل وانما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا الا أنه بالفراغ منه يصير مسلما الى صاحبه فانما حصل التلف بعد خروجه من ضمان العاقد وهنا التخرق يحصل في حال العمل لا بعد الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لانه يقابله

بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فاما أجير القصار فهو أجير واحد والبدل في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضامنا ثم عمله للأستاذ كعمل الاستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك اذا عمل له أجيره اذا عرفنا هـذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له (قال) بشر بن غياث رحمه الله وهذا الجواب صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما قبضه قبض ضمان فله أن يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور فأما عند أبي حنيفة رحمه الله هو خطأ لان عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح ما قلنا فانا لا نقول نضمنه قيمته بالقبض ولكنه يضمنه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز أن يكون معقودا عليه عند الرضاء به كالرديء في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغير في العمل كان له الخيار ان شاء رضي به متغيرا فضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر وان شاء لم يرض به فيخرج العمل به من أن يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى يستوفي الاجر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله في هذا والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار والصباغ والفتال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس لعمله أثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس لان المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس فان (قيل) في القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ لا في احداث البياض في الثوب فالبياض للقطن صفة أصلية (قلنا) نعم ولكن لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون أثر عمله قائما في المعمول فان منعه فهلك فالجواب على ما بينا لان المنع كان بحق فلا يكون سببا موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوى الهلاك بعد المنع وقبله وعلى قول زفر رحمه الله ليس له حق الحبس فاذا حبسه كان غاصبا ضامنا للقيمة وان أراد أن يأخذ الثوب قبل تمام العمل بغير اذنه ويعطيه من الاجر بمقدار ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان العقد لازم

من الجانبين لكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة علي صاحب الثوب فيمتنع من اقامة بعض العمل بغير اذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن اقامة العمل مستحق علي القصار فامساك العين الى أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه صاحبه وان استأجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره أو على دابته الى موضع معلوم فحمله وصاحبه يمشي معه أو ليس معه فانكسر في بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع (قال) رضى الله عنه اعلم بان الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار وان تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس ففى وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله كما بينا وان تلف بفعله بان تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذى سقط وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشي معه فانه يصير مسلما باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فيثبت الخيار لهذا وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لم يحصل المقصود الا بجملته فان مقصود صاحب المتاع لا يحصل الا بوصول المتاع الي موضع حاجته فاذا انكسر فى بعض الطريق فقد انفسخ العقد فيما بقي للفوات فعرفنا أن الصفقة قد تفرقت فان شاء رضي بهذا التفرق وقرر العقد فيما استوفى من العمل وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء أبى ذلك وفسخ العقد فى الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك فى نصف الطريق بغير فعله لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة رحمه الله وكان له نصف الاجر بخلاف ما سبق العمل من القصار لان المعقود عليه هنا صار مسلما بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس اذا فرغ من العمل فكان هو فى هذا الحكم كاجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم باقامة العمل بدليل أن له أن يحبس لاستيفاء الاجر وهذا الفصل يوهن طريقة الرازى رحمه الله فى الفصل الاول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولا من أن ثبوت الخيار للتغير الى البدل وقيام البدل مقام الاصل فى فسخ العقد فيه حتى أن فى هذا الموضع لما لم يجب البدل وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما أقام من العمل فكان له من الاجر بحصة ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء الى مكة لا يعطى شيئا من كرائه حتى يرجع من مكة وكذلك

كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أوعلى دابته أوسفينة ثم رجع عن ذلك فقال كل ماصار مسيرا له من الاجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وسواء كان الاجر دراهم أوثوبا أوعبدا أوغير ذلك وأصل المسئلة أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أودينا وانما تملك باحد معان ثلاثة إما التعجيل أوشرط التعجيل أو استيفاء ما يقابله وعند الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار أو الدابة الى المستأجر وحجته في ذلك أن هذا عقد معاوضة فطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع والنكاح وهذا لان ماهو المعقود عليه المنفعة ومنفعة العين فى حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك فى العقد الوارد على المنفعة والدليل على أن المنفعة فى حكم العين صحة الاستئجار باجرة مؤجلة وماليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام في الشرع وهذا لان المنفعة وان كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة حكما بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم وللشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة فى الرحم ولا حياة فيها كالحى حكما فى حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحى حقيقة كالميت حكما والمرتد اللاحق بدار الحرب واذا صارت موجودة حكما التحقت بالموجود حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما يصير مملوكا بالعقد حكما يصير مسلما بتسليم الدار بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيه بالاجارة من الغير وأنه لواستأجر دارين فانهدمت أحدهما بالقبض لم يكن له خيار فى رد الاخرى لتفرق الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وأنه لوتزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار اليها لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ماقبل تسليم الدار اليها ولا يدخل على هذا ما اذا انهدمت الدار فان المنفعة لا تتلف فى ضمان المستأجر لانا جعلناها كالموجودة المسلمة باعتبار عرضية الوجود فى المدة وقد زال ذلك بانهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة فى الرحم كالحى لكونها معدة لذلك فان زال ذلك بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والارث والوصية له لانعدام المعنى الذي لاجله جعل كالموجود والدليل عليه أن الاجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك فى الاجر أولم تجعل المنفعة كالموجودة حكما لما وجب الاجر بالشرط كما قلتم فى الاجارة المضافة الى وقت فى المستقبل ولان أكثر مافى الباب أن تقام عين الدار مقام المعقود عليه فى

حق انعقاد العقد فكذلك في ملك البدل كعقد السلم فان الذمة لما أقيمت مقام المعقود عليه هناك في انعقاد العقد ولزومه ملك البدل به بنفس العقد * وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد فكذلك الاجرة وهذا لانه معدوم في نفسه والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشيء سوي أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم واذا لم يملك المعقود عليه في الحال فلو ملك البدل بغير عوض وذلك ليس بقضية المعاوضة ثم عند الحدوث تملك المنفعة بعقد المعاوضة بغير عوض لان العوض كان مملوكا له من قبل وملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا وجه أن يقال ان المنافع التي تحدث في المدة تجعل موجودة حكما لانه انما يقدر الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فان الحي يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا يجوز أن يقدر حكما فاما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجعل موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد فان المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه والجزء الموجود حقيقة لا بقاء له ليسلم عقيب العقد وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة فلو جعلناها كالموجودة حقيقة لم تقبل العقد فبهذا تبين أن جواز العقد لم يكن بالطريق الذي قاله الخصم بل بأحد الطريقين اما باقامة عين الدار المنتفع بها مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى ما قلنا إن عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وهذا لان الايجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد بعد الايجاب يحتمل التأخير في حكم المحل كالطلاق المضاف والعتق المضاف والوصية والمزارعة على أصل الخصم والمضاربة بالاتفاق أو باعتبار انه لما تعذر الايجاب بعد وجود المنفعة سقط اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد تيسيرا ولكن عرضية الوجود بكون العين منتفعا بها تكفي لانعقاد العقد كما لو تزوج رضيعة صح النكاح باعتبار أن عرضيه الوجود فيما هو المعقود عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقين جميعا اقامة الشيء مقام غيره تكون بطريق الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد لان الملك حكم السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وانما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فأما أن يقترن

به فلا وفى حكم ملك البدل لاضرورة فاعتبرنا ماهو الاصل وهو أن يتأخر الى وجود الملك فيما يقابله والدليل عليه أن قبل تسليم الدار لايجب تسليم الاجر ولو جعلت المنفعة كالعين لكان أول التسليمين على المستأجر كالثمن في بيع العين ولا يقول أن المنفعة دين فان الدين محله الذمة وهو لايلتزم المنفعة فى الذمة فكيف تقول ذلك وانما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو فى حكم الموجود بوجود محله ولهذا جعلنا المسلم فيه مملوكا بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح فالمعقود عليه هناك العين والملك فى باب النكاح لايحتمل التأخر عن السبب فلهذه الضرورة جعلناه كالموجود فى حكم الملك فاما اذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى مطلق المعاوضة وذلك يتغير بالشرط بمنزلة البيع فان مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتأخر بشرط الخيار ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتعين شرط الاجل بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك هنا ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لايكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط واذا ثبت أنه يملك بشرط التعجيل ثبت أنه تملك بالتعجيل أيضا لانه فوق اشتراط التعجيل وذلك لان الملك يثبت بالقبض وللبقض تأثير فى اثبات الملك فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة الزوجة تملك بالقبض لمدة فى المستقبل ولا يملك بنفس العقد ثم كما لا ضرورة فى الملك لاضرورة فى التسليم لانه قد يتأخر التسليم عن العقد فلا يجعل مسلما بتسليم الدار وهذا لان تأثير التسليم بحكم المعاوضة فى نقل الضمان ولما لم ينتقل الى ضمان المستأجر عرفنا أنه لم يصر مسلما اليه وجواز تصرفه من الوجه الذى يجوز فيه تصرف الآخر لعجزه عن التصرف بعد الوجود حقيقة كما بينا وكذلك فى حكم تفرق الصفقة فانه لايمكن اثبات ذلك عند القبض حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما فى حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لانه ليس من ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فانه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج امرأة على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك الا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه وانما يعتبر مجرد تسليم الدار فى سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فانها لما جعلت الصداق المنافع التي توجد فى المدة مع علمها أنه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت راضية بسقوط حقها فى الحبس عند تسليم الدار اليها لتحدث المنفعة على ملكها بمنزلة ما لو زوجت نفسها

بمهر منجم وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا في الكراء الى مكة لا يعطيه شيئا من الكراء حتى يرجع من مكة وهو قول زفر رحمه الله لان مقصوده لا يتم الا به ووجوب تسليم الاجر بعد حصول المقصود كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر مالم يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرا له من الاجر شئ معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان العمل بحسبه يصير مسلما وانما يجب تسليم الاجر عند تسليم ما يقابله وكان ينبغي فى القياس أنه كلما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف فلو أخذنا بالقياس لم نتفرغ الى شغل آخر بل يسلم الاجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل وذلك بعيد وكان الكرخي رحمه الله يقول كلما سار مرحلة أو فى حصته من الاجر وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا سار ثلث الطريق طالب بحصته من الاجر لان هذا القدر من الطريق قد يكترى المرء فيه دابة ثم ينتقل الى أخري وعلي هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففى قوله الاول ما لم تنته المدة لا يجب تسليم الاجر وفى قوله الآخر اذا مضى من المدة ماله حصة معلومة من الاجر يجب ايفاء الاجر بحسابه فالكرخي رحمه الله قدر ذلك بيوم وان عجل الاجر كله فهو جائز لانه أخذ بالفضل وأوفى قبل وجوب الايفاء فهو كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله وليس له أن يرجع فيما عجل من الاجر لان المستأجر ملك ذلك بالقبض بعد انعقاد العقد فلا يرجع فيه حال بقاء العقد وان شرط فى العقد أن لا يسلم الاجر حتى يرجع أو حتى تنتهى المدة فهو جائز أما في قوله الاول فهذا شرط يوافق مقتضي العقد وفى قوله الآخر هذا اشتراط الاجل فى الاجر والاجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه اذا كان دينا ولا يصح التأجيل فيه اذا كان عينا ولو أبرأه عن جميع الاجر أو وهبه له فان كان ذلك دينا لم يصح ذلك فى قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وصح فى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله ولا تبطل به الاجارة وان كان عينا لم يصح حتى يقبل الآخر فان قبل بطلت الاجارة لان المعين من الاجر كالمبيع والمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض لاتصح الهبة مالم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد فأما اذا كان دينا فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول فى قول أبي يوسف الاول وهو قو محمد رحمهما الله يجب الاجر بالعقد مؤجلا والابراء عن الدين المؤجل صحيح وفى قوله الآخر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا والابراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الاصل

بنوا مسئلة المصارفة على هذا ولكن هذا شئ لا يروى عن محمد رحمه الله نصا وفي الجامع بني المسائل علي أن الاجر لايجب بنفس العقد عينا كان أو دينا ولكن وجه قوله الاول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد الا أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والابراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح كالابراء عن نفقة العدة مشروطا فى الخلع وهذا لان السبب لما اعتبر فى جواز أداء الواجب وأقيم مقام الوجوب فكذلك في الاسقاط. وجه قوله الآخر أن الابراء اسقاط واسقاط ماليس بواجب لا يتحقق والهبة تمليك وتمليك ماليس بمملوك لا يصح ولو جاز الابراء وبقى العقد بملك المستأجر المنفعة عند الاستيفاء بغير عوض وهذا يخالف قضية الاجارة فانه من حكم الاعارة ولا خلاف بينهما أن الابراء عن بعض الاجرة قبل استيفاء شيء من المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الحط فيلتحق بأصل العقد ويصير كانه عقد فى الابتداء بما بقى ولو باعه بالاجر متاعا وسلمه اليه فهو جائز لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة (ألا ترى) انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين بقى الشراء صحيحا ثم لما اتفقا على المقاصة بالاجر مع علمهما بأنه لا يجب بنفس العقد فكأنهما شرطا تعجيل الاجر ويجعل ذلك مضمرا فى كلامهما لتحصيل مقصودهما كما اذا قال أعتق عبدك عنى على ألف درهم يجعل التمليك مضمرا لتحصيل مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصا بهذا الطريق ولا يكون للبائع حق حبس المبيع باستيفاء الثمن فان لم يوفه العمل لعذر رجع عليه بالدراهم دون المتاع لانه لما انفسخ العقد بعد ماصار مستوفيا للأجر بالمقاصة وجب رد ما استوفى كما لو استوفاه حقيقة أو لما انفسخ العقد ظهر أن الاجر غير واجب وان المقاصة لا تقع به ولكن أصل الشراء بقى صحيحا بثمن فى ذمته فيطالبه بالثمن وان باعه المستأجر بالدراهم دنانير ودفعها اليه قبل استيفاء المنفعة فهو جائز فى قول أبي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد رحمه الله وفى قوله الآخر الصرف باطل فاذا افترقا قبل ايفاء العمل فوجه قوله الاول أنهما لما أضافا عقد الصرف الي الاجرة فقد قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم اشتراط التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمر كالمصرح به ولو صرح باشتراط التعجيل ثم صارف به دينارا وقبضه لم يبطل العقد بالافتراق فكذلك اذا ثبت ذلك ضمنا في كل منهما وهو نظير الشراء والدليل عليه أن من كفل عن غيره عشرة دراهم بأمره ثم صارف به مع المكفول عنه دينارا قبل أن يؤدي جاز ذلك لوجود السبب وان لم يجب دينه على المكفول عنه مالم

يود مثله وجه قوله الآخر أن وجوب العشرة مقترن بعقد الصرف وما يجب بعقد الصرف
اذا لم يقبض حتى افترقا بطل العقد كما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا وبيان ذلك أن الاجر
لم يجب بعقد الاجارة بالاتفاق قبل استيفاء العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف
فعرفنا أنه واجب بعقد الصرف والذي قال من أنه يقدم اشتراط التعجيل ليس بقوى لان
الحاجة الى اشتراط التعجيل للمقاصة به لا لصحة عقد الصرف فعقد الصرف صحيح بدراهم
فى ذمته وأوان المقاصة بعد عقد الصرف فهب أن شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فانما
يكون ذلك بعد عقد الصرف أو معه وبدل الصرف لا يجوز أن يكون قصاصا بدين يجب بعده
فان (قيل) يجعل شرط التعجيل مقدما على عقد الصرف لانه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو
المقاصة الا به (قلنا) انما يقدم على العقد بطريق الاجبار ما هو من شرائط العقد ووجوب
الأجر ليس من شرائط عقد الصرف بدليل أنه لو نقد العشرة فى المجلس كان العقد صحيحا
ثم لا يشتغل بالاحتيال لبقاء العقد صحيحا (ألا ترى) انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب
وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لم يبطل ولكن
قيل يحتال للتصحيح فى الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة والدليل عليه أن الاجرة اذا كانت
بقرة بعينها فصارف بها دينارا وافترقا قبل قبض البقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا
فى ابقاء العقد صحيحا لاستوى فيه العين والدين وأما مسئلة الكفيل فبالكفالة كما وجب
للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أدائه والمصارفة بالدين
المؤجل صحيح وقد بينا ههنا ان الأجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا فيبطل عقد
الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم وان مات قبل أن يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق
أو لم يحمله فانه يرد عليه من الدراهم بقدر ما لم يوفه من العمل وفي قوله الاول لانه صار
مستوفيا للأجر بطريق المقاصة فبقدر ما ينفسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الآخر
الصرف باطل فعليه رد دينار وان شرط فى الأجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار
الأجل من حين يجب الاجر لان الأجل يؤخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب
وان كان الاجر شيئا له حمل ومؤنة فلم يشترط له مكان الايفاء في قياس قول أبي حنيفة
رحمه الله العقد فاسد وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز وهو نظير اختلافهم
فى المسلم فيه وقد بيناه في البيوع فان قيل أليس أن الاجر بمنزلة الثمن فى البيع ولو كان الثمن

شيئا له حمل ومؤنة لايشترط. فيه بيان مكان الايفاء فكيف يشترط. ذلك في الاجر عند أبي يوسف رحمه الله (قلنا) في الثمن ان لم يكن مؤجلا فالايفاء يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لايفائه لانه مكان وجوب التسليم وان كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله إحداهما انه لابد من بيان مكان الايفاء كما فى السلم لان وجوب التسليم الآن عند حلول الاجل ولا يدرى في أى مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفاء وفى الرواية الاخرى يجوز لان البيع فى الاصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لان فى ذلك امكان وجوب التسليم وانما تأخر بعارض شرط الاجل لان شرط الاجل معتبر فى تأخير المطالبة لا فى نفى الوجوب فبقى مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فاما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وانما يوجب ذلك عند سقوط الاجل فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والاجارة نظير السلم لان مطلق العقد لا يوجب تسليم الاجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين موضع العقد لايفائه ولا بد من بيان مكان الايفاء لان بدون بيان المكان تمكن فيه جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالعقد صحيح هنا كما فى السلم الا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في اجارة الارض والدار تعين موضع الارض والدار للايفاء لان وجوب الاجر هنا باستيفاء المنفعة لا بنفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسلم الاجر فى ذلك الموضع وفى الحمولة حيث ماوجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فان طالبه به في بلد آخر لم يكلف حمله اليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه فى موضعه لانه يطالب بايفاء مالزمه ولم يلزمه الحمل الى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه فى الدراهم والدنانير حيث شاء لانه صار دينا فى ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالايفاء حيثما لقيه والله أعلم

باب السمسار

(قال رحمه الله ذكر حديث قيس بن أبي غرزة الكنانى قال كنا نبتاع الاوساق بالمدينة ونسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمانا باسم هو أحسن من اسمنا قال صلى الله عليه وسلم يامعشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه

بالصدقة والسمسار اسم لمن يعمل للغير بالاجر بيعا وشراء ومقصوده من ايراد الحديث بيان جواز ذلك ولهـذا بين في الباب طريق الجواز ثم ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم سماهم بما هو أحسن مما كانوا يسمون به أنفسهم وهو الاليق بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحسن معاملته مع الناس وانما كان اسم التجار أحسن) لان ذلك يطلق فى العبادات قال الله تعالى هل أدلكم علي تجارة تنجيكم من عذاب اليم وفيه دليل على أن التاجر يندب له الى أن يستكثر من الصدقة لما أشار صلوات الله عليه فى قوله ان البيع يحضره اللغو والحلف معناه أنه قد يبالغ فى وصف سلعته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف فى الحلف لترويج سلعته فيندب الى الصدقة ليمحو أثر ذلك كما قال الله تعالي ان الحسنات يذهبن السيئات وقال صلي الله عليه وسلم أتبع السيئة الحسنة تمحها واذا دفع الرجل الي سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لى بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره علي عمل لا يقدر علي اقامته بنفسه فان الشراء لا يتم مالم يساعده البائع على البيع وكذلك ان سمى له عـدد الثياب أو استأجره لبيع طعام أو شراء طعام وجعل أجره على ذلك من النقود أو غيرها فهذا كله فاسد وكذلك لو شرط له على كل ثوب يشتريه درهما أو على كر من حنطة يبيعه درهما فهو فاسد لما بينا وان استأجره يوما الى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو ليشترى له فهذا جائز لان العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه (ألا ترى) انه لو سـلم اليه نفسه في جميع اليوم استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فالمعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بتسليم النفس اذا لم يعمل به ثم فيما كان من ذلك فاسداً اذا اشترى وباع فله أجر مثـله ولا يجاوز به ماسمى له لانه استوفي المعقود عليـه بحكم اجارة فاسدة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أمره بالبيع والشراء ولم يشترط له أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر وأبو حنيفة رحمه الله فى هـذا لا يخالفهما فان التعويض فى هبة الاعيان مندوب اليه عند الكل فكذلك فى هبة المنافع وقد أحسـن اليه بالاعانة وانما جزاء الاحسان الاحسان وان قال بع المتاع ولك الدرهم أو اشتر لى هـذا المتاع ولك الدرهم ففعل فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى لانه استأجره للعمل الذى سماه بدرهم فان جواب الامر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ولو قال ان بعت هـذا

المتاع لى فلك درهم كان استئجارا فكذلك اذاقال به ولك درهم ثم قد استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة فيلزمه أجر مثله والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاجر

(قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة فى عاجلها وآجلها لان الاجرة وان لم تجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجدوا لكفالة بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك وهذا لان المقصود به التوثق وكما يحتاج الي التوثق فيما هو واجب فكذلك فيما هو يعرض الوجوب ثم الكفالة بدين سيجب صحيحة كالكفالة بما يدور له على فلان والرهن بالاجر صحيح لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل الوجوب صحيح فالرهن به كذلك واذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق الاولى ثم يجب على الكفيل نحو ماعلى المكفول عنه ان لم يشترط خلافه في تعجيل أو تأخير لان الكفالة للضم فتنضم به ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فيما هو ثابت فيه بصفته ثم الكفيل يلتزم المطالبة التى هى على الاصيل ولهذا لاتصح الكفالة الا بمضمون يطالب به الاصيل وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالاجر حتى يؤديه ولكنه انألزمه به صاحبه فله أن يلزم المكفول عنه حتى يفكه ويؤديه عنه لان ما استوجب الكفيل على الاصيل مؤخر الى وقت أدائه فانه بالكفالة أقرض ذمته من الاصيل فيجب له مثل ماالتزمه فى ذمة الاصيل وبالاداء يصير مقرضا ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه فيرجع عليه بمثله والحاصل أنه يعامل الاصيل بحسب ما يعامل ان طولب طالب وان لوزم لازم وان حبس حبس وان أدى رجع وان عجل الكفيل الاجر من عنده قبل الوقت الذى يتمكن صاحبه من مطالبة المستأجر لم يرجع به الكفيل على المستأجر حتى يجيء ذلك الوقت لان الكفيل متبرع للاداء قبل حلول الاجل وتبرعه لايسقط حق الاصيل فى الاجل الذى كان ثابتا له وكما أن الطالب لايتمكن من الرجوع على الاصيل قبل حلول الأجل فكذلك الكفيل وان اختلفا فى مقدار الاجر فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه منكر للزيادة فان أقر الكفيل بفضل على ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به عليه لان اقراره حجة عليه دون الاصيل وان أقاموا البينة فالبينة بينة الاجير لاثباته الزيادة وله الخيار فى استيفاء ماأثبته بين أن يطالب به الكفيل أو

الاصيل وان استأجر دارا بثوب بعينه وكفل به رجل فهو جائز لان تسليم العين مستحق على المستأجر بسبب العقد عند استيفاء العمل فانما التزم الكفيل تسليما مستحقا على الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة والكفالة بمثله صحيحة عندنا بمنزلة الكفالة بالنفس فان استكمل السكنى وهلك الثوب عند صاحبه برئ الكفيل لان الكفيل التزم تسليم الثوب وقد برئ الاصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرأ الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه بخلاف الكفالة بالعين المغصوبة فهناك الغاصب لا يبرأ عن تسليم الثوب بالهلاك ولهذا يلزمه قيمته والقيمة تقوم مقام العين وهنا المستأجر برئ عن تسليم الثوب حتى لا تلزمه قيمته ولكن انفسخ العقد بهلاك الثوب قبل التسليم فيلزمه أجر مثل الدار لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل ما التزم من أجر مثل الدار شيئا فلهذا برئ من الكفالة وان استأجر الدار بخدمة عبد شهرا وكفل رجل بالخدمة لم يجز لانه التزم ما لا يقدر على ايفائه فخدمة عبد بعينه لا يمكن ايفاؤها من محل آخر وان كفل بنفس العبد فانه يؤخذ به لان تسليم نفس العبد بالعقد يستحق على المؤاجر وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به ويطالب الكفيل بتسليمه فاذا مضى الشهر وأقر المكفول له انه كان حقه قبل خدمة الشهر الماضي بري الكفيل من ذلك لان المطالبة بتسليم العبد تسقط عن الاصيل بمضى الشهر وفوات المعقود عليه فبرئ الكفيل وله أجر مثل الدار على المستأجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انفسخ العقد بفوات ما يقابلها قبل الاستيفاء فيجب رد المستوفى ورد المنفعة برد أجر المثل ولا شئ علي الكفيل من ذلك واذا استأجر محملا أو زاملة الى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز لانه كفل بما هو مضمون فى ذمة الاصيل وتجرى النيابة فى ايفائه لان الحمولة اذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على ايفائه كما يقدر الاصيل فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما تؤخذ المؤاجر فكذلك اذا استأجر منه ابلا بغير أعيانها يحمل عليها متاعا مسمى الى بلد معلوم وكفل له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذى ذكرنا ولو استأجر ابلا باعيانها وكفل رجل بالحمولة لم تجز الكفالة لان الكفيل لايقدر على ايفاء المكفول به من مال نفسه فان غير ما عين لا يقوم مقام المعين فى الايفاء فهو بمنزلة مالو كفل بمال بشرط أن يؤدى ذلك من مال نفسه الاصيل وذلك باطل ولو استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها أو رجلا ليخدمه وكفل له رجل بالوفاء بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفاء ما التزم بماله ونفسه وبنفس الكفالة

لاتثبت له الولاية على مال الاصيل ليوفى ما التزم منه وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة من هذا فالاجارة جائزة نافذة اذا لم تكن الكفالة شرطا فى الاجارة لانهما عقدان مختلفان ففساد أحدهما لايوجب فساد الآخر وان كانت الكفالة شرطا فى الاجارة فعقد الاجارة نظير البيع في انه يبطل بالشرط الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل فالاجر ان لم يوفه الخدمة والسكنى والزراعة فهذا جائز لانه كفل بدين مضاف الى سبب وجوبه وان أسلم ثوبا الى خياط ليخيطه له بأجر مسمى واخذ منه كفيلا بالخياطة فهو جائز لانه كفل بمضمون تجرى فيه النيابة فان المستحق على الخياط العمل فى ذمته ان شاء أقامه بنفسه وان شاء أقامه بنائبه فتمكن الكفيل من ايفاء هذا العمل أيضا فلهذا كان لصاحب الثوب أن يطالب أيهما شاء فان خاطه الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل ذلك العمل بالغا ما بلغ لانه أوفى عنه ما التزم بأمره فيرجع عليه بمثله وبمثل الخياطة أجر المثل وان كان صاحب الثوب اشترط على الخياط أن يخيطه بيده فهذا شرط مفيد معتبرا لتفاوت الناس فى عمل الخياطة واذا ثبت أن المستحق عليه اقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له به لان الكفيل عاجز عن ايفائه بنفسه وبالكفالة لاتثبت له الولاية علي يد الاصيل ليوفى ماالتزمه بيده فلهذا يطلب الكفالة وكذلك سائر الاعمال والله أعلم

باب اجارة الظئر

(قال رحمه الله الاستئجار للظئورة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والمراد بعد الطلاق وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى يعنى باجر وبعث رسول الله صلي الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وكانوا عليه فى الجاهلية وقد استؤجر لارضاع رسول الله صلى الله عليه وسلم حليمة وبالناس اليه حاجة لان الصغار لا يتربون الا بلبن الآدمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض أو موت أو تأبى الارضاع فلا طريق الى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر جوز ذلك للحاجة وزعم بعض المتأخرين رحمهم الله أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن تبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو منفعة الثدى

فمنفعة كل عضو علي حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر فى الكتاب انها لو ربت الصغير بلبن الانعام لا يستحق الاجر وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن الاجر بمقابلته لاستوجبت الاجر ثم بدأ الباب بحديث زيد بن على قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اللبن فى حكم جزء من عينها لانه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ويظهر أثر فى ذلك الرضيع لما للغذاء من الاثر ونظيره ماروى عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق واذا استأجر ظئرا ترضع صبيا له سنتين حتى تفطمه باجر معلوم فهو جائز لانه استأجرها بعمل معلوم ببدل معلوم وطعامها وكسوتها على نفسها لانها شرطت عليهم الاجر المسمى بمقابلة عملها ففيما سوى ذلك حالها بعد العقد كما قبل العقد وترضعه فى بيتها ان شاءت وليس عليها أن ترضعه فى بيت أبيه لانها بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بيتهم وهى تقدر على ايفاء ما التزمت فى بيت نفسها فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية واشترطت عند الفطام دراهم مسماة وقطيفة ومسحا وفراشا فذلك جائز استحسانا عند أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الموضع خاصة دون سائر الاجارات وفي قول أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا يجوز وهو القياس وكذلك ان اشترطت عليهم طعاما فهو على هذا الخلاف *وجه القياس ان هذا عقد اجارة فلا يصح الا باعلام الأجرة كما فيسائر الاجارات والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما فى سائر الاجارات لانها تفضي الي المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يشده الاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فان أقامت العمل فلها أجر مثلها لانها وفت المعقود عليه بحكم عقد فاسد الا أن يسموا لها ثيابا معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة ويضربوا لذلك أجلا ويسموا لها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما فحينئذ يجوز كما فى سائر الاجارات والبيوع وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف يعنى أجرا علي الارضاع بعد الطلاق (ألا ترى) انه قال وعلى الوارث مثل ذلك وذلك أجر الرضاع لا نفقة النكاح ولان الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة وليس

فى عينه نص يبطله وفى النزوع عن هذه العادة حرج لانهم لايعدون الظئر من أهل بيتهم فالظاهر أنهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام الزوجات وكسوتهن ثم انما لم يجوز هذا فى سائر الاجارات لتمكن المنازعة فى الثانى وذلك لايوجد هنا لانهم لايمنعون الظئر كفايتها من الطعام لان منفعة ذلك ترجع الى ولدهم وربما يكلفونها أن تأكل فوق الشبع ليكثر لبنها وكذلك لايمنعونها كفايتها من الكسوة لكون ولدهم فى حجرها ثم أحد العوضين في هذا العقد يتوسع فيه مالا يتوسع فى سائر العقود حتى أن اللبن الذى هو عين حقيقة يستحق بهذه الاجارة دون غيرها فكذلك يتوسع فى العوض الآخر في هذا العقد مالا يتوسع فى غيره واذا جاز العقد عنده كان لها الوسط من المتاع والثياب المسماة لانها لا تستحق ذلك بمطلق التسمية فى عقد المعاوضة فينصرف الى الوسط كما فى الصداق اذا سمى لها عبدا أو ثوبا هرويا وهذا لان فى تعيين الوسط نظراً من الجانبين ولو اشترطوا عليها أن ترضع الصبي فى منزلهم فهو جائز كما فى سائر الاجارات اذا شرط المستأجر على الاجير اقامة العمل فى بيته وهذا لانهم ينتفعون بهذا الشرط فانها تتعاهد الصبي فى بيتهم مالا تتعاهده فى بيت نفسها وربما لايحتمل قلبهما غيبة الولد عنهما والشرط المفيد فى العقد معتبر فان كان لها زوج فاجرت نفسها للظئرة بغير اذنه فللزوج أن يبطل عقد الاجارة قيل هذا اذا كان الزوج مما يشينه أن تكون زوجته ظئرا فلدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ العقد فاما اذا كان ممن لا يشينه ذلك لايكون له أن يفسخ والاصح أن له ذلك فى الوجهين لانها ان كانت ترضعه فى بيت أبويه فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان كانت ترضعه فى بيت نفسها فللزوج أن يمنعها من ادخال صبيّ الغير منزله ولانها فى الارضاع والسهر بالليل تتعب نفسها وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها من الاضرار به في حقه كما يمنعها من التطوعات وهذا اذا كان زوجها معروفا فان كان مجهولا لاتعرف أنها امرأته الا بقولها فليس له أن ينقض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول فى حق من استأجرها ولانه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بان يقر له بالنكاح ليفسخ الاجارة وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق علي نفسها فانها لاتصدق في ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد سنة فلها أجر مامضى ولها مما اشترطت من الكسوة والدراهم عند الفطام بحساب ذلك لانها أوفت المعقود عليه فى المدة الماضية فتقرر حقها فيما

يقابل ذلك من البدل ثم تتحقق فوات المقصود فيما بقي فلا يجب مايخصه من البدل ولوضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة (ألا ترى) أنه ليس لها أن تشغل نفسها في المدة عن رضاع الصبي ولا أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه وليس عليها من عمل أبوى الصبي شيء ان كلفوها عجنا أو طبخا أو خبزا لانها التزمت بالعقد الظؤرة وهذه الاعمال لا تتصل بالظؤرة فلا يلزمها الا أن تتطوع به فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يعالجه مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الظؤرة وان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشترى له الطعام لانها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن ذلك كله على أهله وعليها أن تهيأه له لان ذلك من عمل الظؤرة فقد جعل الدهن والريحان عليها بخلاف الطعام وهذا بناء على عادة أهل الكوفة والمرجع في ذلك الي العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الاجارة فان ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة حتى قال في استئجار اللبان ان الزنبيل والملبن على صاحب اللبن بناء على عرفهم والسلك والابرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب دون الحائك فان كان عرف أهل البلدة بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون وحثى التراب على الحفار في القبر باعتبار العرف واخراج الخبز من التنور على الخباز وغرف المرقة في القصاع على الطباخ اذا استأجر لطبخ عرس وان استؤجر لطبخ قدر خاص فليس ذلك عليه لانعدام العرف فيه وادخال الحمل المنزل على الحمال اذا حمله على ظهره وليس عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة للعرف واذا استأجر دابة ليحمل عليها حملا الى منزله فانزال الحمل عن ظهر الدابة على المكارى وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والاكاف على صاحب الدابة وفي الجواليق والحبل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللجام يعتبر العرف فهو الاصل أما التوابع التى لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة واذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الاجل فليس لهم ذلك الا من عذر لان العقد لازم من الجانبين الا أن الاجارة تنفسخ بالعذر عندنا على مانبينه في بابه ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من لبنها فيفوت به ماهو المقصود ولا عذر أبين من ذلك وكذلك اذا تقايأ لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة

فالحاجة الي دفع الضرر عنه عذر فى فسخ الاجارة وكذلك اذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فاذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عـذر وكذلك ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته اذا كان معها وكذلك ان كانت فاجرة بينة فجورها فيخافون على أنفسهم فهذا عـذر لانها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد أن يقال عيب الفجور فى هذا فوق عيب الكفر (ألا ترى) انه قد كان فى بعض نساء الرسل كافرة كامرأة نوح ولوط عليهما السلام ومابغت امرأة نبي قط هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك اذا أرادوا سفراً فتأبى أن تخرج معهم فهذا عذر لانه لا يتعذر الخروج للسفر عند الحاجة لما عليهم من ذلك من الضرر ولا تجبر هى على الخروج معهم لانها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد توحشهم فلدفع الضرر يكون لهم أن يفسخوا الاجارة وليس للظئر أن تخرج من عندهم الا من عـذر وعذرها من مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع لانها تتضرر بذلك وربما يصيبها انضمام تعب الرضاع الى المرض ولهم أن يخرجوها اذا مرضت لانها تعجز بالمرض عما هو مقصودهم وهو الارضاع فربما يقل بسببه لبنها أو يفسد وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله أن يخرجها لما بينا وكذلك ان لم تكن معروفة بالظئورة فلها أن تفسخ لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ماتبتلي به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت ولانها تعيرت من هذا العمل علي ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها وما كانت تعرف مايلحقها من الذل اذا لم تكن معروفة بذلك فاذا عملت كان لها أن تفسخ العقد وان كان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم كفوا لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم واجب وان ساؤا أخلاقهم معها كفوا عنها لان سوء الخلق مـذموم فاذا لم يكفوا عنها كان لها أن تخرج لانها تتضرر بالصبر على الاذي وسوء الخلق ولو كان زوجها قد سلم الاجارة فارادوا منعه من عشيانها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بالصبي فلهم أن يمنعوه ذلك في منزلهم لان المنزل لهم فلا يكون له أن يدخله الا باذنهم وان لقيها فى منزله فله أن يغشاها لان ذلك مستحق له بالنكاح وبتسليم الاجارة لا يسقط حقه عما كان مستحقا له فلا تستطيع الظئر أن تمنع نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها عن ذلك ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم

لانهافى ذلك كغيرها من الاجنبيات فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها لان المنزل لهم ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر عنه لانها قدالتزمت مايرجع الى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لايضر بالصبي فليس لهم منعها لانها حرة مالكة أمر نفسها فيما وراء ماالتزمت لهم ويجوز للأمة التاجرة أن تؤاجر نفسها ظئرا كما أن لها أن تؤاجر نفسها لعمل آخر لان رأس مالها بتجارتها منافعها وكذلك المكاتبة وكذلك العبد التاجر أو المكاتب يؤاجر أمته ظئرا أو يستأجر ظئرا لصبي له لان الاجارة من عقود التجاراة ولان التدبير فيما يرجع الى اصلاح كسبه اليه فكما يشترى لصبي له طعاما فكذلك يستأجر له الظئر لترضعه وكما يبيع أمته فكذلك له أن يؤاجرها فان رد فى الرق بعد الاستئجار انتقضت الاجارة فان كان هو أجر أمته لم تنتقض الاجارة فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد تنتقض وجه قول محمد رحمه الله ان المنافع بالاجارة استحقت على المكاتب وبعجزه بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الاجارة كما لو مات وهذا لان المكاتب صار بمنزلة الحر فى ملك التصرف والكسب حتى يختص هو بالتصرف دون المولى فعجزه يكون ناقلا الحق منه الى المولى بمنزلة موت الحر وبهذا الطريق يبطل استئجاره وبه فارق العبد المأذون فان الكسب كان مملوكا للمولى وكان متمكنا من التصرف فيه فالحجر عليه لا يكون ناقلا الحق الى مولاه (ألا ترى) أن استئجاره لا يبطل فكذلك اجارته وهذا بخلاف ما اذا أعتق المكاتب لان بالعتق يتقرر حقه في ملك الكسب والتصرف * والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ أمته ثم عتق فليس عليه استبراء جديد ولو عجز كان على المولى فيها استبراء جديد وان المكاتب لواشترى قريب نفسه من والد أو ولد امتنع بيعه ولو اشترى قريب المولى لايمتنع عليه بيعه وأنه يجوز دفع الزكاة الى المكاتب وان كان مولاه غنيا فعرفنا ان الكسب له مادام مكاتبا فبالعجز ينتقل الى مولاه والدليل عليه أنه لومات عاجزا بطلت الاجارة فكذلك اذا عجز وأبو يوسف رحمه الله يقول بعجزه انقلب حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الاجارة كما اذا عتق * وتقريره أن الكسب دائر بين المكاتب والمولى لكل واحد منهما فيه حق الملك لا حقيقة الملك ولهذا لواشتري المكاتب امرأة مولاه أو امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوج المولى أمة من كسب مكاتبه لم يجز كما لو تزوج المكاتب أمة من كسبه فعرفنا أن لكل واحد منهما حق الملك وجانب المولى فى حقيقة الملك يترجح علي جانب المكاتب لانه أهل لذلك

والمكاتب ليس بأهل ولو أدى مكاتب المكاتب البدل كان الولاء لمولى الأول ولو أعتق المولى من يكاتب على المكاتب من أقربائه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرفنا أن في حقيقة الملك يترجح جانب المولى ثم اذا تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل الاجارة فاذا تحقق للمولى بالعجز أولى وهذا لانه لم يتبدل من استحق عليه المنفعة بعقد الاجارة بخلاف مااذا مات الحر وقد قبل الاستئجار على الخلاف أيضا والأصح ان أبا يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول استئجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة مولاه وقد سقطت حاجته بعجزه فاما إجارته كانت لتحصيل الاجرة وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبعجزه لا ينعدم ما لاجله لزمت الاجارة ثم يسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حجر على نفسه من التصرف في كسبه ولكن بطلان الاجارة باعتبار انتقال الملك دون تبدل المتصرف (ألا ترى) ان العبد المأذون المديون يتصرف في كسبه دون المولى ثم بالحجر وسقوط الدين يتبدل المتصرف ولا تبطل به الاجارة لانعدام انتقال الملك وكذلك لا يبطل الاستئجار هناك لانها وقعت لحاجة المولى فهو أحق بكسبه إذا قضى الدين من موضع آخر فيما يرجع الى اصلاح ملكه يكون من حاجته والصحيح أنه اذا مات المكاتب عاجزا فالاجارة لا تنفسخ عند أبي يوسف رحمه الله كما لو عجز في حياته فأما فصل الاستبراء فذلك ينبني على ملك اليد والتصرف دون حقيقة الملك (ألا ترى) ان المبيعة اذا حاضت قبل القبض فليس للمشتري أن يجتزئ بتلك الحيضة ونحن نسلم أن ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع ينبني على ملك اليد والتصرف للمكاتب فان المكاتب لما كان يملك الكتابة في كسبه يتكاتب عليه قريبه ولما كان لا يملك العتق في كسبه لا يعتق عليه قريبه فاما المولى لا يملك الكتابة في كسبه ولا العتق فلهذا لا يتكاتب قريب المولى اذا اشتراه المكاتب وكذلك حل الصدقة ينبني على انعدام ملك اليد والتصرف (ألا ترى) أن ابن السبيل يحل له أخذ الصدقة والمولى وان كان غنيا فلا يد له في كسب المكاتب فلهذا جاز صرف الزكاة الى مكاتب الغني فاما بطلان الاجارة ينبني على انتقال ملك العين من المؤاجر الى غيره كما قررنا فان مات أب الصبي الحر لم تنتقض اجارة الظئر لانها وقعت لحاجة الصبي والاب فيه كالنائب عنه ولهذا يؤدي الاجر من مال الصبي اذا كان له مال وأجر الظئر بعد موت الاب في ميراث الصبي لانه ماله ولو كان له في حياة أبيه مال كان للأب أن يؤدي أجر الظئر منه فكذلك يؤدي من ميراثه بعده ولو استأجروها أن

ترضع صبيين لهم كل شهر بكذا فمات أحدهما رفع عنهم نصف الاجر لان جميع الاجر بمقابلة ارضاع الصبيين فيتوزع عليهما نصفين لان التفاوت يقل فى عمل الارضاع أو ينعدم وقد بطل العقد فى حق الميت منهما واذا يرفع عنهم نصف الاجر ولو استأجروا ظئرين برضعان صبيا واحدا فذلك جائز ويتوزع الاجر بينهما على لبنهما فان كان لبنهما واحدا فالاجر بينهما نصفان وان كان متفاوتا فبحسب ذلك وبهذا تبين أن المعقود عليه اللبن وأن البدل بمقابلته فان ماتت احداهما بطل العقد فى حقها لفوات المعقود عليه وللأخرى حصتها من الاجر ولا يجوز بيع لبن بنى آدم على وجه من الوجوه عندنا ولا يضمن متلفه أيضا وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه ويضمن متلفه لان هذا لبن طاهر أو مشروب طاهر كلبن الانعام ولانه غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الاغذية وبهذا يتبين أنه مال متقوم فان المالية والتقوم بكون العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه أنه عين يجوز استحقاقه بعقد الاجارة فيجوز بيعه ويكون مالا متقوما كالصبغ فى عمل الصباغة والحبر في الوراقة والحرض والصابون في غسيل الثياب بل أولى لان العين للبيع أقبل منه للاجارة (وحجتنا) فى ذلك أن لبن الآدمية ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو غيرنا فاما الآدمى خلق مالكا للمال وبين كونه مالا وبين كونه مالكا للمال منافاة واليه أشار الله تعالى فى قوله وهو الذى خلق لكم مافي الارض جميعا ثم لاجزاء الآدمى من الحكم مالعينه (ألا ترى) أن شعر الآدمى لاينتفع به اكراما للآدمى بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الآدمى يدفن وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع به واللبن جزء متولد من عين الآدمى (ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهى حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذى هو أصل الآدمى والمتولد من الاصل يكون بصفة الاصل فاذا لم يكن الآدمى مالا فى الاصل فكذلك مايتولد منه من اللبن بمنزلة الولد (ألا تري) أن ولد الاضحية يثبت فيه الحكم تبعا وأن لبن الاضحية اذا حلبت يتصدق به ولهذا روى عن أبى يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الامة دون لبن الحرة اعتبارا للبن بالولد ولكن هذا ليس بقوى لان جواز بيع الولد بصفة الرق فاما الآدمى بدون هذا الوصف لايكون محلا للبيع ولارق فى اللبن لان الرق فيما تحله الحياة فانه عبارة عن الضعف ولا حياة فى اللبن والدليل عليه أن الصحابة رضوان الله عليهم في المغرور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان اللبن مالا

متقوما كان ذلك للمستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المغرور ولا يدخل على شئ مما ذكر المنافع فانها تقبل العقد من الحر لان المنافع لاتتولد من العين ولكنها أعراض تحدث فى العين شيئا فشيئا فكانت غير الآدمى ثم نحن نجعل اللبن كالمنفعة الا أن عندنا المنفعة لا تضمن بالاتلاف وتستحق بالاجارة دون البيع فكذلك لبن الآدمى وبهذا تبين أن اللبن ليس بمال متقوم مقصود لانه عين والعين الذي هو مال مقصود لايستحق بالاجارة كلبن الانعام بخلاف الصبغ فصاحب الثوب هناك لايستحق بالاجارة عين الصبغ بل مايحدث فى الثوب من اللون وكذلك الخبز وكذلك الحرض والصابون المستحق لصاحب الثوب ازالة الدرن والوسخ عن الثوب حتى أن القصار باى شئ أزال ذلك استحق الأجر وهنا المستحق بالاجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لاتستحق الاجر ولانسلم أن اللبن غذاء على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لايتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل على أنها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعقد للحاجة الى اقتضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لايدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء ما فى الثدى من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق فاما ايجاب القوارير قل مايحصل به غذاء الصبي وفى تجويز ذلك فساد لانه يؤجر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ذلك فان قيل سائر اجزاء الآدمى متقوم حتى يضمن بالاتلاف فكذلك هذا الجزء قلنا قد بينا أن الآدمى فى الاصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الآدمى بل يجب الضمان بالنقصان المتمكن فى الاصل حتى لو اندملت الجراحة بالبرء ونبتت السن بعد القلع لايجب شئ لانه لانقصان فى الاصل فكذلك الاتلاف فى اللبن لايتمكن نقصان فى الاصل ولهذا لايجب الضمان فان قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطئ فى حكم جزء لم يضمن بالاتلاف عند الشبهة وان لم يتمكن نقصان فى الاصل قلنا المستوفي بالوطى في حكم النفس من وجه ولهذا لا يعجل البدل في اسقاط الواجب باتلافه واللبن ليس نظيره (ألا ترى) أنه لايضمن بالاتلاف بعد البدل ومثله لايضمن اذا لم يكن متقوما وقد بينا أنه ليس بمال متقوم ولا بأس بان يستعط الرجل بلبن المرأة ويشربه للدواء لانه موضع الحاجة والضرورة ولوأصاب ثوبا لم ينجسه لان الآدمى طاهر فى الاصل فما تولد منه يكون طاهرا الا ماقام الدليل الشرعي على نجاسته (ألا ترى) أن عرقه

وبزاقه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحي انما يتنجس باعتبار الموت ولا حياة في اللبن ولا يحله الموت ولان المستحيل من الغذاء الي فساد ونتن رائحة يكون نجسا واللبن ليس بهذه الصفة فلهذا كان طاهرا وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع لهم صبيا ولا يعلم أهلها الاولون بذلك فارضعت حتى فرغت فانها قد أثمت وهذه جناية منها لان منافعها صارت مستحقة للأولين فانها بمنزلة الاجير الخاص فصرف تلك المنافع الى الآخرين يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لانها حصلت مقصود الفريقين ولا تتصدق بشئ منه لان ما أخذت من كل فريق انما أخذته عوضا عن ملكها فان منافعها مملوكة لها ولا بأس بأن يستأجر المسلم الظئر الكافرة أو التي قد ولدت من الفجور لان خبث الكفر فى اعتقادها دون لبنها والانبياء عليهم السلام والرسل صلوات الله عليهم فيهم من أرضع بلبن الكوافر وكذلك فجورها لا يؤثر فى لبنها فان استأجرها ترضع صبيا له فى بيتها فدفعته الى خادمها فأرضعته حتى انقضي الاجل ولم ترضعه بنفسها فلها أجرها لانها التزمت فعل الارضاع فلا يتعين عليها مباشرته بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل مقصود أهل الصبي وكذلك لو أرضعته حولا ثم يبس لبنها فارضعت خادمها حولا آخر فلها الاجر كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هى وخادمها فلها الاجر تاما ولا شيء لخادمها لان المنافع لا تتقوم الا بالتسمية فيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في حق خادمها ولو يبس لبنها فاستأجرت له ظئرا كان عليه الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا وفى القياس لا أجر لها لانها بمنزلة أجير الخاص وليس للأجير الخاص أن يستأجر غيره لاقامة العمل وفى الاستحسان لها الاجر لان المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل ولان مدة الرضاع تطول فلما استأجروها مع علمهم انها قد تمرض أو ييبس لبنها فى بعض المدة فقد رضوا منها بالاستئجار لتحصيل مقصودهم وتتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لا على ضمانها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن واذا استأجر امرأته على ارضاع ولده منها فلا أجر لها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لها الاجر لانه استأجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى لا تطالب به ولا تجبر عليه اذا امتنعت فيصح الاستئجار كالخياطة وغيرها من الاعمال والنفقة مستحقة لها بالنكاح لا بمقابلة الارضاع بدليل انها وان أبت الارضاع كان لها النفقة فهو نظير نفقة الاقارب لا تكون مانعة من صحة الاستئجار على الارضاع (وحجتنا) فى ذلك قوله

تعالى والولدات يرضعن أولادهن حولين كاملين معناه ليرضعن فهو أمر بصيغة الخبر والأمر يفيد الوجوب فظاهره يقتضى أن يكون الارضاع واجبا عليها شرعا والاستئجار على مثل هذا العمل لايجوز واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله مثل الذين يغزون من أمتى ويأخذون الأجر كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ثم قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمراد النفقة ففى هذا العطف اشارة إلى أن النفقة لها بمقابلة الارضاع وقد دل عليه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد مايكون بمقابلة الارضاع فاذا استوجب عوضا بمقابلة الارضاع لايستوجب عوضا آخر بالشرط. والمعنى فيه أن هذا العمل مستحق عليها دينا وان لم يكن مستحقا عليها دينا فانها تطالب به فتوى ولا تجبر عليه كرها والاستئجار على مثله لايجوز كالاستئجار على كنس البيت والتقبيل واللمس وما أشبه ذلك وهذا لان بعقد النكاح يثبت الاتحاد بينهما فيما هو المقصود من النكاح والولد مقصود بالنكاح فكانت هى فى الارضاع عاملة لنفسها معنى فلا تستوجب الاجر على الزوج بالشرط كما فى التقبيل واللمس والمجامعة وهكذا نقول فى سائر أعمال البيت من الطبخ والخبز والغسل وما يرجع منفعته اليها فهو لا يستوجب عليه الاجر بالشرط. وما يكون لتجارة الزوج فهو ليس بمستحق عليها دينا ولا يرجع منفعته اليها وكذلك لو استأجرها بعد الطلاق الرجعى لان النكاح باق بينهما ببقاء العدة فمعنى الاتحاد قائم فاما بعد انقضاء العدة الاستئجار صحيح لانها صارت أجنبية منه وارضاع الولد على الاب كنفقته بعد الفطام وكذلك فى العدة من طلاق بائن لو استأجرها جاز عندنا وعند الحسن بن زياد رحمه الله لايجوز لانها في نفقته فكانت هذه الحال كما قبل الطلاق ولكنا نقول معنى الاتحاد الذى كان بالنكاح قد زال بالطلاق البائن والارضاع بعد هذا لايكون مستحقا عليها دينا بمنزلة سائر أعمال البيت فيجوز استئجارها عليه وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه كان للرضيع مال استاجرها فى حال قيام النكاح بمال الرضيع يجوز لان نفقتها ليس فى مال الرضيع فيجوز أن يستوجب الاجر فى ماله بمقابلة الارضاع بالشرط بخلاف مال الزوج فان نفقتها عليه وهو انما التزم نفقتها لهذه الاعمال فلا تستوجب عليه عوضا آخر وكذلك اذا استأجر خادمها لذلك لان منفعة خادمها ملكها وبدلها كمنفعة نفسها وان استأجر مكاتبها كان لها الاجر لان المكاتبة كالحرة فى منافعها ومكاسبها يوضحه أنه كما تجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا تجب عليه نفقة مكاتبتها ولو

استأجرها ترضع صبيا له من غيرها جاز وعليه الاجر لان هذا العمل غير مستحق عليها دينا حتى لاتؤمر به فتوى وهو ليس من مقاصد النكاح القائم بينهما بخلاف ولده منها ولو استأجر أمه أو ابنته أو اخته ترضع صبياله كان جائزا وعليه الاجر وكذلك كل ذات رحم محرم منه لان الارضاع غير مستحق على واحدة دينا حتى لاتؤمر به فتوى فيجوز استئجارها. عليه فان استأجرها ثم أبت بعد ذلك وقد ألفها الصبي لا يأخذ الا منها فان كانت معروفة بذلك لم يكن لها أن تترك الاجارة الا من عذر وان كانت لاتعرف بذلك فلها أن تأبى وقد بينا هذا فى الاجنبيات أنها اذا لم تعرف بذلك العمل فانما تأبى لدفع الضرر عن نفسها فيكون ذلك عذرا لها فكذلك فى المحارم ولو استأجر ظئرا لترضع له صبيا فى بيتها فجعلت توجر لبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن أو ليس لها لبن فلا أجر لها لان البدل بمقابلة الارضاع وهى لم ترضعه الاىما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح للصبي وما أتت به مفسد فالآدمى لايتربى تربية صالحة الا بلبن الجنس وان جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها فصلاح الولد دليل على أنها أرضعته لبن الآدمية وان أقام أهل الصبي البينة على ما ادعوا فلا أجر لها لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان أقاموا جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت الاجر دينا فى ذمة من استأجرها ويثبت ايفاء العمل المشروط والمثبت من البينتين يترجح على الباقى واذا التقط الرجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فهو جائز لانه هو الذى يقوم باصلاحه واستئجار الظئر من اصلاحه وعليه الأجر لانه التزمه بالعقد وهو متطوع في ذلك لانه لاولاية له عليه فى الزام الدين فى ذمة اللقيط وكل يتيم ليس له أم لترضعه فعلى أوليائه كل ذي رحم محرم ان يستأجروا له ظئرا على قدر مواريثهم لان أجر الظئر كالنفقة بعد الفطام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفى قوله وليس له أم ترضعه اشارة الي أن الارضاع عليها اذا كانت حية ولها لبن دون سائر الاقارب لانها مؤسرة في حكم الارضاع وسائر القرابات بمنزلة المعسر فى ذلك فكان عليها دونهم بخلاف النفقة فان كان لاولىّ له فاجرة الظئر علي بيت المال بمنزلة نفقته بعد الفطام والله أعلم

باب اجارة الدور والبيوت

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذى يريدها

له فهو جائز) لان المقصود معلوم بالعرف فانما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك (ألا ترى) انها تسمى مسكنا والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وله أن يسكنها ويسكنها من شاء لان السكنى لا تتفاوت فيها الناس ولان سكناه لا تكون الا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي وكثرة المساكن في الدار لا تضر بها بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بان لا يسكنه أحد وله أن يضع فيها مابدا له من الثياب والمتاع والحيوان لان سكناه لا تتم الا بذلك فان ذلك معلوم بالعرف ويعمل فيها مابدا له من الاعمال يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك لان سكناه لا تخلو عن هذه الاعمال عادة فهي من توابع السكنى والمعتاد منه لا يضر بالبناء ماخلا الرحا ان ينصب فيه أو الحداد أو القصار فان هذا يضر بالبناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب البيت ويشترط عليه في الاجارة والمراد رحا الماء اورحا الثور فاما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى في العادة والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد الا أن يشترطه ومالا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد لان السكنى التي لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتبة أو الخبز في المبيع فلا يصير مستحقا الا بالشرط وعلى هذا كسر الحطب القدر المعتاد منه لا يوهن البناء فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب الدار وان استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيه دابته وبعيره وشاته وهذا اذا كان في الدار موضع معد لذلك وهو المربط فان لم يكن فليس له اتخاذ المربط في ديارنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب بناء علي عرفهم في الكوفة لما في المنازل بها من السعة وله أن يسكنها من أحب لانه قد يأتيه ضيف فيسكن معه أياما وقد يحتاج الى أن يسكنها صديقا له بأجر أو بغير أجر وقد بينا أن ذلك لا يضر بالبناء فلا يمنع منه فان أجرها باكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل الا أن يكون أصلح منها بناء أو زاد فيها شيئا فحينئذ يطيب له الفضل وعلي قول الشافعي رحمه الله يطيب له الفضل على كل حال بناء على أصله أن المنافع كالاعيان الموجودة حكما فتصير مملوكة له بالعقد مسلمة اليه بتسليم الدار فكان بمنزلة من اشترى شيئا وقبضه ثم باعه وربح فيه فالربح يطيب له لانه ربح على ملك حلال له ولكنا نقول المنافع لم تدخل في ضمانه وان قبض الدار بدليل أنها

لو انهدمت لم يلزمه الاجر فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ربح مالم يضمن ثم المنافع في حكم الاعتياض انما يأخذ حكم المالية والتقوم بالتسمية بدليل ان
المستعير لا يؤاجر وهو مالك للمنفعة فان المعير يقول له ملكتك منفعتها وجعلت لك منفعتها
ولو أضاف الاعارة الى مابعد الموت يثبت ملك المنفعة للموصى له فكذلك اذا أوجبها له فى
حياته ومع ذلك لا يؤاجر لانه ليس بمقابلتها تسمية فكذلك هنا وفيما زاد على المسمى في العقد
الاول لا تسمية بمقابلة المنفعة في قصده فلا يكون له أن يستفضل وبهذا تبين أنها ليست كالعين
فان من يملك العين بالهبة يجوز له أخذ العوض بالبيع الا أن يكون زادفيه شيئا فحينئذ يجعل
الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك اذا أجره بجنس آخر
لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقوم والعقد لا يوجب ذلك فاما عند اتحاد
الجنس يعود اليه ماغرم فيه بعينه ويتيقن بالفضل فعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب
خبيث بمنزلة المستعير اذا أجر فعليه أن يتصدق بالاجر وان كان استأجرها كل شهر فلكل
واحد منهما أن ينقض الاجارة عند رأس الشهر لان كلمة كل متى أضيفت الى مالا يعلم منتهاه
تتناول الادنى فانما لزم العقد في شهر واحد فاذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة
فان سكنها من الشهر الثانى يوما أو يومين لم يكن لكل واحد منهما أن يترك الاجارة الى تمام
الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد فى الشهر الثاني يتم اذا سكنها يوما أو يومين فيلزم
العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الاول وفى ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما فى الليلة
الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك رأس الشهر وبعض المتأخرين رحمهم يقول
الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال حتى اذامضى ساعة فالعقد يلزمهما وهذا هو القياس
ولكنه فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال الخيار لكل واحد منهما فى اليوم الاول من الشهر
واذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو من الوقت الذى استأجرها عندنا وقال
الشافعي رحمه الله لا يصح الاستئجار الا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط لانه
اذا أطلق ذكر الشهر مايس بعض الشهور لتعيينه للعقد باولى من بعض وجهالة المدة مفسدة
لعقد الاجارة وهذا لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة (ألا ترى)
انه لو قال لله علي أن أصوم شهراً لا يتعين الشهر الذى يعقب نذره ما لم يعينه ولكنا نقول
الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب كما فى الاجال

والايمان اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التأخير عن السبب الموجب لا يكون الا بمؤخر والمؤخر ينعدم فيما تستوى فيه الاوقات بخلاف الصوم فانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى أن الليل لا يصلح لذلك وكذلك يوم العيدين وأيام التشريق * يوضحه أن الشروع فى الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب فأما دخول المنفعة في العقد لا يستدعى معنى من جهته سوي العقد فما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد الا ان يمنع منه مانع ثم ان كان العقد فى اليوم الاول من الشهر فله شهر بالهلال تم أو نقص وان كان ذلك اليوم فى بعض الشهر فله ثلاثون يوما لان الاهلة أصل فى الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة والايام تدل علي الاهلة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الي البدل اذا تعذر اعتبار الاصل فان كان استأجرها شهرا حين أهل الهلال فاعتبار الاصل هنا ممكن فكان له أن يسكنها الى أن يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان فى بعض الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام ثلاثين يوما وان استأجرها أكثر من شهر فالمذهب عندنا أنه اذا استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طالت أو قصرت وفي قول الشافعى رحمه الله لا يجوز الاستئجار أكثر من سنة واحدة وفى قول آخر يجوز الى ثلاثين سنة ولا يجوز أكثر من ذلك وفى قول آخر يجوز أبدا وجه قوله الاول أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة فى بعض الاشياء لا تتم الا بسنة كما فى الاراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة وعلى القول الثانى يقول العادة أن الانسان قل ما يسكن بالاجارة أكثر من ثلاثين سنة فانه يتخذ المسكن ملكا اذا كان قصده الزيادة على ذلك وعلى القول الآخر يقول المنافع كالاعيان القائمة فالعقد على العين يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة * وحجتنا فى ذلك أن اعلام المعقود عليه لا بد منه والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فانها تحدث شيئا فشيئا فكانت المدة للمنفعة فالكيل والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هناك معلوما الا بذكر الكيل والوزن لا يصير المقدار هنا معلوما الا بذكر المدة وبعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه أو كثر وقد دل على جواز الاستئجار أكثر من سنة قوله تعالى على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك ولان كل مدة تصلح أجلا للبيع فانها تصلح مشروطة فى عقد الاجارة كالسنة وما دونها والمعنى فيه وهو أن الشرط الاعلام فيها على وجه لا يبقى بينهما منازعة فان استأجرها

سنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال تعتبر سنة بالاهلة اثنى عشر شهرا وان كان ذلك في بعض الشهر يعتبر سنة بالايام ثلثمائة وستين يوما فى قول أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وعند محمد يعتبر شهرا بالايام واحدى عشر شهرا بالاهلة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجه هذا القول أن الاهلة أصل والايام بدل ففى الشهر الواحد تعذر الاهلة وفى احدى عشر شهرا اعتبار ما هو أصل ممكن فلا معنى للمصير الى البدل وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ابتداء المدة معتبر بالايام بالاتفاق فكذلك جميع المدة لان ثبوت الكل بتسمية واحدة وهذا لانه مالم يتم الشهر الاول لايدخل الشهر الثانى فاذا كان ابتداء الشهر الاول فى بعض فتمامه فى بعض الشهر الداخل أيضا وانما يدخل الشهر الثانى فى بعض الشهر فيجب اعتباره بالايام وكذلك فى كل شهر وقد ذكر فى كتاب الطلاق فى باب العدة أنها تعتبر بالايام فعلى قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله لاحاجة الى الفرق وهو قول محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله الفرق بين الاصلين أن الاجارة عقود متفرقة فاذا أهل الهلال يتجدد العقد عند ذلك فيجعل ذلك كأنهما جددا العقد في هذه الحالة فلهذا تعتبر أحد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك فى العدة لان الكل في حكم شيء واحد فتعتبر كلها بالايام ثم قال اذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضيين من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحدى عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الباقى وهذا غلط والصحيح ماذكر فى بعض الروايات استأجرها لاربع عشرة بقين من الشهر لانه اذا كان الماضي من الشهر الأول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يوما فى ذلك الشهر فلا يسكنها فى آخر المدة الا أربعة عشر يوما لتمام ثلاثين يوما وقد قال يسكنها ستة عشر يوما فعرفنا أن الصحيح لاربع عشرة بقين من الشهر واذا استأجر بيتا فى علو دار ومنزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لانه مسكن معد للانتفاع به من حيث السكنى ولو استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كانت مضرتهما واحدة أو كانت مضرة الحداد أقل وان كانت أكثر مضرة لم يكن له ذلك وكذلك الرحا لان التقييد اذا كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر و الفائدة فى حق صاحب الدار بأن مالا يوهن بناءه ولا يفسده فلاتكون مضرته مثل المشروط أو أقل منه فقد علمنا أنه لاضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة صارت مملوكة للمستأجر وللانسان أن يتصرف فى

ملك نفسه على وجه لايضر بغيره كيف شاء وان كان أكثر مضرة فهو يريد أن يلحق به ضررا لم يرض به صاحب الدار فيمنع من ذلك والمسلم والذمي والحربي المستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الاجارة لانها من عقود التجارة وهم في ذلك سواء وان استأجر الذمي دارا سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم فان اتخذ فيها مصلي لنفسه دون الجماعة لم يكن لرب الدار أن يمنعه من ذلك لانه استحق سكناها وهذا من توابع السكنى وان أراد أن يتخذ فيها مصلي للعامة ويضرب فيها بالناقوس فلرب الدار أن يمنعه من ذلك وليس ذلك من قبل أنه يملك الدار ولكن على سبيل النهى عن المنكر فانهم يمنعون من أحداث الكنائس في أمصار المسلمين فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم لاخصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد نفي احداث الكنائس في أمصار المسلمين وفي الخصاء تأويلان (أحدهما) خصاء بني آدم فذلك منهي عنه وهو من جملة ما يأمر به الشيطان قال الله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النساء على قصد التبتل والترهب والحاصل أنهم لا يمنعون من السكنى في امصار المسلمين فيجوز بيع الدور واجارتها منهم للسكنى الا أن يكثروا على وجه تقل بسببه جماعات المسلمين فحينئذ يؤمرون بأن يسكنوا ناحية من المصر غير الموضع الذي يسكنه المسلمون على وجه يأمنون اللصوص ولا يظهر الخلل في جماعات المسلمين ويمنعون من أحداث البيع والكنائس في أمصار المسلمين فاذا أراد أن يتخذ مصلي العامه فهذا منه احداث الكنيسة وكذلك يمنعون من اظهار بيع الخمور في أمصار المسلمين لان ذلك يرجع الى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناهم الذمة على أن يظهروا ذلك فكان الاظهار فسقا منهم في التعاطي فلكل مسلم أن يمنعهم من ذلك صاحب الدار وغيره فيه سواء وكذلك يمنعون من اظهار شرب الخمر وضرب المعازف والخروج سكارى في أمصار المسلمين لما فيه من الاستخفاف بالمسلمين أيضا ولو كان هذا في دار بالسواد أو بالجبل كان للمستأجر أن يصنع فيها ما شاء وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول هذا الجواب في سواد الكوفة فان عامة من يسكنها من اليهود والروافض لعنهم الله فأما في ديارنا يمنعون من احداث ذلك في السواد كما يمنعون في المصر لان عامة من يسكن القرى في ديارنا مسلمون وفيها الجماعة والدرس ومجلس الوعظ كما في الامصار فاما وجه ظاهر الرواية أن الامصار موضع إعلام الدين نحو اقامة الجماعات واقامة الحدود وتنفيذ الاحكام في احداث البيع في الامصار معنى المقابلة

للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلا يمنعون من احداث ذلك في القرى (قال) رضى الله عنه والقول الاول عندى أصح فان المنع من ذلك فى الأمصار لا يفتتن به بعض جهال المسلمين (ألا ترى) أنهم اذا لم يظهروا لم يمنعوا من أن يضعوا من ذلك بيوتهم ماشاؤا وخوف الفتنة فى اظهار ذلك فى القرى أكثر فان الجهل على أهل القرى أغلب واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله أهل القبور هم أهل الكفور والدليل على أن المعنى ماقلنا قوله صلى الله عليه وسلم انا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراءى ناراهما وقوله صلي الله عليه وسلم لا تستضؤا بنار المشركين ولو كان المستأجر مسلما فظهر منه فسق فى الدار أودعارة أو كان يجمع فيها على الشرب منعه رب الدار من ذلك كله لا لملكه الدار بل على سبيل النهى عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرجه من الدار من أجل ذلك مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا تفسخ الاجارة لاجله أرأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع لما ظهر منه لا سبيل له الي ذلك فكذلك الاجارة واذا سقط حائط من الدار فاراد المستأجر ترك الاجارة نظر فى ذلك فان كان لا يضر بالسكنى فليس له أن يخرج لان المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استأجر عبدا للخدمة فاعور العبد وذلك لا ينقص من خدمته وان كان يضر ذلك بالسكنى فله أن يخرج لتمكن الخلل فى مقصوده والعيب الحادث في المعقود عليه للسكنى بمنزلة العبد المستأجر للخدمة اذا مرض وهذا لما تقدم أن يقبض الدار لا تدخل المنفعة فى ضمان المستأجر لحدوث المغير بعد قبض الدار وقبله سواء الا أن ينتبه صاحب الدار قبل فسخ المستأجر العقد فحينئذ لا يكون للمستأجر أن يفسخ لزوال العيب وارتفاع المغير كالعبد اذا برأ وانما يكون له حق الفسخ بحضرة رب الدار فان كان غائبا فليس له أن يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا بمحضر من الاجر لما فيه من الزام حكم الرد الآخر فيستوى فى ذلك ما قبل القبض وما بعده كما فى ردالمبيع بالعيب ولو خرج فى حال غيبة رب الدار فالاجر واجب عليه كما لو سكن لان العقد ق وهو متمكن من استيفاء المنفعة مع التغير فلزمه الاجر وكذلك ان سكن مع حضرة رب الدار لان التغير فى وصف المعقود عليه فاذا رضى به لا يحط شيء من الاجر كالمشترى اذا رضى بالعيب وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أو غائبا وفيه

طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما أن العقد انفسخ بسقوط جميع البناء لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فانه بالبناء كان مسكننا بخلاف الاول فهناك دخل المعقود عليه تغير (ألا ترى) أن استئجار الخراب للسكنى لايجوز ابتداء فكذلك لا يبقى العقد واذا انفسخ العقد سقط الأجر سواء كان رب الدار شاهدا أو غائبا لان اشتراط حضوره للفسخ قصدا لا للانفساخ حكما (وطريق) آخر وهو الاصح أن العقد لاينفسخ بالانهدام وقد نص عليه كتاب الصلح (قال) ولو صالح على سكنى دار فانهدمت الدار لا يبطل الصلح وروى هشام عن محمد رحمهما الله قال لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤاجر وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة فليس للمؤجر منعه من ذلك فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط والخيمة فيبقى العقد لهذا ولكن لا أجر على المستأجر لانعدام تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار فان التمكن من الانتفاع شرط لوجوب الاجر (ألا ترى) أنه لو منعه غاصب من السكنى لا يجب عليه الاجر فكذلك اذا انهدم البناء بخلاف ما اذا سقط حائط منها فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذى قصده بالعقد قائم فيلزمه الاجر ما لم يفسخ العقد بمحضر من رب الدار واذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى الشهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض فى باقى السنة عندنا ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك وقال الشافعى رحمه الله للمستأجر حق فسخ العقد فيما بقي وهو بناء على الاصل الذى بينا أن عنده المنافع فى حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقى لاتحاد الصفقة فانها اذا تفرقت عليه قبل القبض تخير فيما بقى لاتحاد الصفقة فانها تفرقت عليه قبل التمام وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض * يوضحه أن الانسان قد يستأجر دارا وحانوتا سنة ومقصوده من ذلك شهرا واحدا كالحاج بمكة فى أيام الموسم فاذا منعه فى المدة التى كانت مقصودة له لو قلنا يلزمه التسليم بعد ذلك تضرر به فلدفع الضرر أثبتنا له حق الفسخ وعندنا عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة على ما بينا فلا تمكن تفرق الصفقة مع تفرق العقود وفوات المعقود عليه في عقد لايؤثر فى عقد آخر بخلاف البيع * يوضحه أنه لو استأجر دارين وقبضهما فانهدمت احداهما لا يتخير فى الآخر والمنافع بقبض الدار لم تدخل فى ضمانه فقد تفرقت الصفقة عليه قبل التمام لان تمام الصفقة

بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ فكذلك اذا كان الانهدام قبل القبض وان سلمها اليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع المؤاجر رفع منه من الاجر بحساب ذلك لان الاجر انما يجب باستيفاء المنفعة فانما يلزم بقدر ما استوفى وكذلك لو سلمها اليه كلها ثم انتزع منها بيتا لانه زال تمكنه من استيفاء منفعة السكنى فى البيت حين انتزع منه فكانه لم يسلمه اليه فى الابتداء (ألا ترى) أنه لو انتزع الكل منه لم يجب عليه الاجر فالجزء معتبر بالكل ولو غصب الدار من المستأجر الاجنبي سقط عنه الاجر في مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه ويجوز استئجار الدار بالموصوف من المكيل والموزون شرط له أجلا أو لم يشترطه وهذا لان الاجرة بمنزلة الثمن فى البيع فان الاجارة نوع بيع فما يصلح بدلا فى البيع يصلح فى الاجارة والمكيل والموزون يصلح بدلا فى البيع موصوفا حالا كان أو مؤجلا والثياب لا تصلح موصوفة الا مؤجله والحيوان لا يصلح الا أن يكون معينا فكذلك فى الاجارة وهذا على الطريق الذى يقول المنفعة مال وان كان دون العين ظاهر لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذى يقول ليس بمال فالحيوان انما يثبت فى الذمة بدلا عما ليس بمال فى العقود المبينة على التوسع فى البدل وهو مالم يشرع فى الاصل لتحصيل المال فأما الاجارة مبينة على الاستقصاء في البدل مشروعة لتحصيل المال كالبيع والحيوان بغير عينه يكون مجهول مقدار المالية فلهذا لا يثبت في الاجارة وان استأجر دارا بعبد بعينه فاعتقه رب الدار قبل أن يتقابضا لم يجز عتقه لما بينا أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا يملك باطل فان كان المستأجر دفع اليه العبد ولم يقبض الدار حتى أعتقه رب الدار فعتقه جائز لان الاجرة تملك بالتعجيل فان قبض الدار وتمت السكنى فلا شيء عليه وان انفسخ العقد باستحقاق الدار أو موت أحدهما أو غرق الدار أو انعدم التمكن من الانتفاع بالهدم فعلى المعتق قيمة العبد لان العقد لما انفسخ وجب عليه رد العبد وقد تعذر رد العبد لنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته وهذا لان عتقه لا يبطل بما حدث لان المستأجر سلط عليه وملكه اياه بالتسليم اليه حال قيام العقد فنفذ عتقه والعتق بعد ما نفذ لا يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهرا ثم أعتقا جميعا العبد وهو فى يد المستأجر فانه يجوز عتق رب الدار بقدر أجر الشهر ويجوز عتق المستأجر فيما بقى منه لان رب الدار ملك منه حصة ما استوفى المستأجر من المنفعة فكان العبد مشتركا

بينهما فاذا أعتقاه عتق وتنتقض الاجارة فيما بقى لان جوازها باعتبار مالية العبد وقد فات بالعقد فهو كما لو مات العبد قبل التسليم الا أن فى الموت على المستأجر أجر مثل الدار بقدر ماسكن لان العقد انتقض بهلاك المعقود عليه قبل التسليم فبقيت المنفعة فى تلك المدة مستوفاة بعقد فاسد فعليه رد بدلها وهو أجر المثل وفيما أعتقاه لايلزمه ذلك لان رب الدار صار قابضا لمايخص المستوفى من المنفعة من العبد ولو استكمل السكنى ثم مات العبد قبل أن يدفعه اليه أو استحق كان عليه أجر مثلها لانه استوفي المنفعة بحكم عقدفاسد ولو كان المستأجر دفع العبد ولم يسكن الدار حتى أعتقه فعتقه باطل لان العبد خرج من ملكه بالتسليم الى رب الدارفانما أعتق مالا يملكه ولو استأجر دارا سنة فسكنها ثم استحقت فالاجر للؤاجر دون المستحق عندنا لانه تبين انه كان غاصبا وقد بينا فى كتاب الغصب أن الغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له لانه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود وعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث وفى قياس قول أبي يوسف الاول لايتصدق لانه كان يقول العقار يضمن بالغصب ومن مذهبه أن من استربح على ضمانه لايلزمه التصدق به كما في المودع اذا تصرف فى الوديعة ولو انهدمت من السكنى ضمن الساكن لانه متلف والعقار يضمن بالاتلاف ويرجع به على المؤاجر لانه مغرور من جهته بعقد معاوضة وقد كان ضمن سلامة المعقود عليه عن عيب الاستحقاق فاذا لم يسلم رجع كما يغرم بسببه ولو أجر داره من رجل فامىّ سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار شهرين فأمر الفامى أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشترى به من الفامى الدقيق والزيت وغيره حتى استوفي أجر الشهرين فهو جائز لان رب الدار اقامه مقام نفسه وهو بنفسه لو عامل الفامى بذلك يجوز وليس للفامى على المستقرض شئ لانه قائم مقام رب الدار فتسليمه اليه كتسليمه الى رب الدار ولكنه قرض لرب الدار على المستقرض بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم أقرضه منه وكذلك لو أخذ دينارا فيما أخذ وقد بينا اختلافهم فى المصارفة فى الاجر مع رب البيت فكذلك مع من قام مقامه وهو المستقرض ولو كان للفامى على الرجل دينارا أو أجر البيت عشرة دراهم فى كل شهر فمضي شهران ثم أمر رب الدار الفامى أن يدفع أجر الشهرين الى المستقرض وقاصه بالدينار الذى له عليه وأخذ بالفضل شيئا فهو جائز بمنزلة ما لو فعله رب البيت فان أجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها تجوز بالتراضي وليس هذا

تصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والفامى حتى يرجع رب البيت على المستقرض بالدراهم بمنزلة ما لو كان اشترى به من الفامى شيئا ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه دينارا بعشرة دراهم لم يجز لان القرض مضمون بالمثل وشرط شيء آخر مكانه باطل وان أحاله على هذا الوجه بالدراهم فقاصه بالدينار فانما للمقرض على المستقرض عشرون درهما لان ما جرى بينهما من الشرط كان صرفا بالنسيئة وهو باطل ولو كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئا وأمره أن يعجله وطابت نفس الفامى بذلك وأعطاه به دقيقا أو زيتا أو دينارا بعشرة دراهم منها ثم مات رب البيت قبل السكنى أو انهدم البيت أو استحق لم يرجع الفامى على المستقرض بشيء لما بينا أنه قائم مقام رب البيت فيما قبضه منه ولكنه يرجع على رب البيت بالدراهم ورب البيت على المستقرض بالدراهم وقال أبو يوسف رحمه الله أخيرا في حصة البيت هكذا فاما فى حصة الدينار فانه يرجع بالدينار بعينه على الذى كان عليه الاصل لان المصارفة كانت قبل وجوب الاجر وقد بطلت بالافتراق قبل التقابض فيرجع عليه بالدينار كما كان فى ذمته فان قيل كيف يستقيم هذا وقد وجب الاجر على الفامى بشرط التعجيل فانه قال وأمره أن يعجله قلنا شرط التعجيل انما يعتبر اذا كان مذكورا فى العقد وقوله وأمره أن يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط (ألا ترى) أنه كان قال وطابت نفس الفامى بذلك ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز على كل حال اتفقت جنس المنفعة أو اختلفت بناء على أصله أن المنافع كالاعيان القائمة ومبادلة العين بالعين من جنسه أو من خلاف جنسه صحيح عند المساواة على كل حال وعند التفاوت في غير الاموال الربوية والمنافع ليست بمال الربا فيجوز مبادلة بعضها بالبعض وان جاز الاعتياض عن كل واحد منهما بالدراهم جاز معاوضة على كل واحد منهما بالآخر كما اذا اختلف جنس المنفعة ولنا فيه طريقان (أحدهما) منقول عن محمد رحمه الله قال مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسأ ومعنى هذا أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النسأ عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس فان قيل النسأ ما يكون عن شرط فى العقد والاجل هنا غير مشروط كيف والمنافع فى حكم الاعيان دون الديون لانها لو كانت فى حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان اختلف الجنس

قلنا لما كان المعقود عليه مما يحدث فى المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا فشيئا فهذا بمنزلة اشتراط الاجل أو أبلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتأخر بالاجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لاتثبت فى الحال بل تتأخر الى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك لان بالاجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد فى حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت فى الذمة والمحرم الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس والطريق الآخران جواز عقد الاجارة للحاجة فانما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة وفى مبادلة المنفعة بجنسها لايتحقق ذلك لانه كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الاما كان متمكنا منه باعتبار ملكه فاما عند اختلاف جنس المنفعة الحاجة متحققة وبالعقد يحصل له مالم يكن حاصلا قبله فصاحب السكنى قد تكون حاجته الى خدمة العبد أوركوب الدابة ثم ان عنداتحاد الجنس اذا استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمهما الله انه لاشئ عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى من المنفعة والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها وجه ظاهر الرواية أنه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل كمالواستأجر دارا ولم يسم الأجر وسكنها وهذا لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكماأن المنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذلك بالعقد الفاسد واذا أجر داره من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها لم يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض لان الاجرة اذا كانت ثوبا بعينه فهو كالمبيع وبيع المبيع قبل القبض لايجوز من البائع ولا من غيره قال (ألاترى) انه لو هلك كان على المستأجر أجر مثلها وهذا اشارة الى بقاء الغرر والمكيل فى الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شئ بعينه من العروض والحيوان أوالموزون وتبر الذهب والفضة وفى هذا اشارة الى ان التبر يتعين بالتعيين وقد بينا اختلاف الروايات فى كتاب الشركة وان كان الأجر شيئا من المكيل والموزون بغير عينه موصوفا كان له أن يبيعه من المستأجر قبل أن يقبضه منه لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز فكذلك بالاجر فان ابتاع به منه شيئا بعينه جاز ان قبضه في المجلس أولم يقبضه لانهما افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئا بغير عينه فلايفارقه حتى يقبض منه فان فارقه قبل أن يقبضه انتقض البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهو الحكم

فى ثمن البيع وليس له أن يبيعه من غيره فان بيع الدين من غير من عليه الدين لايجوز إلا على قول مالك رحمه الله وهو يقول كما يجوز بيعه ممن عليه فكذلك من غيره ولكنا نقول اذا باعه منه يصير قابضا له بذمته واذا باعه من غيره فهو لايقدر على تسليمه مالم يستوف ولايدرى متى يستوفى فانما يبيع مالايقدر على تسليمه وقد شرط للتسليم أجلا مجهولا وهو الى أن يخرج وذلك مبطل للبيع ولو استأجر بيتا بثوب فاجره بدراهم أكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل لان عند اختلاف الجنس لايظهر الفضل الا بالتقويم والعقد لايوجب ذلك وكذلك كل مااختلف الجنس فيه حتى لو استأجره بعشرة دراهم وأجره بدينارين طاب له الفضل أيضا لانه لايظهر الفضل بين الدنانير والدراهم الا بالتقويم (ألا ترى) أن مبادلة عشرة دراهم بدينارين تجوز فى عقد واحد ولا يظهر بينهما الفضل الخالى عن المقابلة ففى عقدين أولى واذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤاجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نبهرجة وان الطعام معيب فالقول قوله لانه منكر استيفاء حقه فان مافى الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا مناقضة فى كلامه فاسم الدراهم يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب وان كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا فى قوله وجدته زيوفا والمناقض لاقول له ولا تقبل بينته ولو كان الاجر ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يرده بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبى فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فانه كان شيئا بعينه ثم ادعى الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان أقام رب الدار البينة على العيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس المبيع ثم ينفسخ العقد برده لفوات القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار لان العقد لما فسد ازمه رد المستوفى من السكنى ورد السكن برد أجر المثل وان كان حدث به عيب لم يستطع رده رجع بحصة العيب من أجر مثل الدار لان الرجوع بحصة العيب عند تعذر الرد يكون من البدل كما فى البيع واذا خرج المستأجر من الدار وفيها تراب ورماد من كناسة فعلى المستأجر اخراجه لانه اجتمع بفعله وهو الذى شغل ملك الغير به فعليه تفريغه اذا خرج من

الدار ولكن ماأشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الارض فاما البالوعة وماأشبهها فليس علي المستأجر تنظيفها استحسانا وفي القياس هذا كالاول لانه اجتمع بفعل المستأجر وللاستحسان وجهان (أحدهما) العرف فان الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف البالوعة اذا خرج من المنزل وقد بينا ان العرف معتبر في الاجارة (والثاني) ان البالوعة مطوية فتحتاج للتنظيف الى الحفر وذلك تصرف من المستأجر فيما لا يملكه فلا يلزمه ذلك فاما ما كان ظاهرا فهو لا يحتاج في التفريغ الى نقض بناء وحفر فعليه اخراج ذلك وان اختلفا في التراب الظاهر فالقول قول المستأجر انه استأجرها وهو فيها لان رب الدار يدعي لنفسه حقا قبله وهو تفريغ ذلك الموضع ويدعي احداث شغل ملكه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما مسيل ماء الحمام ظاهرا كان أو مسقفا فعلى المستأجر كنسه اذا امتلأ هو المتعارف بين الناس ولانه ظاهر علي وجه الارض وانما يسقف لكيلا يتأذى الناس برائحته ولانه لا يملأ ليترك بل ليفرغ اذا امتلأ وكان التفريغ علي من ملأه بخلاف البالوعة فقضاء الحاجة في بئر البالوعة لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فلهذا لا يجب على المستأجر ولو اشترط رب الدار على المستأجر حين أجره اخراج ماأحدثه فيها من تراب أو سرجين كان جائزا لان ذلك عليه بدون الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة واذا استأجر فامي من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه واختلفا فيما فيه من الاواني والرفوف والتخاتج التي قد بني عليه البناء فقال المستأجر أنا أحدثتها وقال رب البيت كانت فيه حين أجرته فالقول قول المستأجر لان الظاهر شاهد له فهو الذي يتخذ ذلك عادة لحاجته اليه فرب البيت مستغن عن ذلك فانه يبني البيت ليؤاجره ممن يستأجره منه ثم كل عامل يتخذ فيه ما يكون من أداة عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ولان هذه الاشياء موضوعة في البيت وفي الموضوع القول قول المستأجر كسائر الامتعة وكذلك الطحان اذا خرج من البيت فأراد أن يأخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنائها وخشبها التي فيها واسطوانتها فذلك كله للطحان لانه من أداء عمله وكذلك القصاب والقلاء والحداد وما أشبهه من الاوعية والاداة التي تكون للصناع ولو استأجر أرضا ليطبخ فيها الآجر والفخار ثم اختلفا في الاتون التي يطبخ فيها الآجر ففي القياس القول قول رب الارض لانه بناء كسائر الابنية وفي البناء القول قول رب الارض لانه تبع لارضه وفي الاستحسان القول قول المستأجر قال لاني رأيت المستأجر هو الذي بني وانما يبني الحكم علي مايعرف عند المنازعة

ثم هذا البناء لحاجة المستأجر ليس لحاجة رب الارض بخلاف سائر الابنية (ألا ترى) ان كل عامل من هذا الجنس يبنى الاتون على الوجه الذى يتخذه أهل صنعته ولو اختلفا في بناء سوى ما ذكرنا أوفى باب أو خشبة أدخلت السقف فالقول قول رب الدار أنه أجرها وهى كذلك وكذلك الآجر المفروش والغلق والميزاب فالظاهر أن رب الدار هو الذى يتخذ ذلك لان الساكن به يتمكن من السكنى فى الدار وعلى رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع فهو الذى يحدث مابه ليتم تمكنه من الانتفاع به وما كان فى الدار من لبن موضوع أوآجر أوجص أوجذع أوباب موضوع فهو للمستأجر لانه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب فى البناء ولا هو تبع للارض والبناء فان أقاما البينة ففى كل شئ جعلنا القول فيه قول المستأجر فالبينة بينة رب الدار لانها مثبتة لحقه ولو كان فى الدار بئر ماء مطوية أو بالوعة محفورة فقال المستأجر أنا أحدثتها وأنا أقلعها فالقول قول رب الدار لان هذا من توابع البناء ومما لا يتأتى بدونه السكنى ولانه يحتاج في قلعها الى نقض البناء والمستأجر لا يملك ذلك الا بحجة وهى البينة وكذلك الخص والسترة والخشب المبنى فى البناء والدرج فالمراد من الدرج مايكون مبنيا منه فاما مايكون موضوعا فيه كالسلم فالقول قول المستأجر لانه لايحتاج في رفعه الى قلع البناء وهو موضوع كالامتعة (قال) وكذلك التنور وكذلك الاتون التى يطبخ فيها الاجر ان القول قول المستأجر وفى التنور القول قول رب الدار ولا فرق بينهما الا بالعرف ثم التنور من توابع البناء في الدار فيحتاج اليه كل ساكن فاما الاتون فانما يحتاج اليه من يطبخ الآجر دون من يعمل فى الارض عملا آخر فالظاهر هناك أن المستأجر هو الذى بناه والظاهر هنا ان رب الدار هو الذى يبنى التنور ولو كان فى الدار كوارت نحل أوحمامات فذلك كله للمستأجر كالمتاع الموضوع ولو أقر رب الدار ان المستأجر خصصها أوفرشها بالآجر أوركب فيها بابا أوغلقا كان للمستأجر أن يقلع من ذلك مالا يضر قلعه بالدار لانه عين ملكه فاما مايضر بها فليس له أن يقلعه دفعا للضرر عن رب الدار (ألا ترى) ان رب الدار لوفعل ذلك غصبا لم يكن لمالك ذلك العين أن يقلعه فاذا فعله المالك أولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس عنده فيغرم قيمته كما لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير فاراد صاحب الثوب أن يأخذه وانما اعتبر قيمته عند الخصومة لانه عند ذلك تملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلفا فى نقضه فان كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لانهما لو اختلفا قبل الانهدام كان القول

قول رب الدار فكذلك بعده وان لم يعرف ذلك وقال المستأجر هو لى فالقول فيه قوله لانه موضوع كسائر الامتعة ولو كان رب الدار أمره بالبناء فى الدار على أن يحبسه له من الاجر فاتفقا على البناء واختلف فى مقدار النفقة فالقول قول رب الدار والبينة بينة المستأجر لان حاصل اختلافهما فيما صار المستأجر موفيا من الاجر فهو يدعي الزيادة فالبينة بينته ورب الدار ينكرها فالقول قوله وكذلك لو قال رب الدار لم تبن أو بنيت بغير اذنى لان المستأجر يدعى عليه الامر وبه يصير موفيا الاجر عند البناء فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على باب منها مصرعان فسقط احدهما وقال المستأجر هما لي أو قال هذا الساقط لى ويعرف أنه أخ المغلاق فالقول قول رب الدار لان الظاهر شاهد له أما فى المغلاق غير مشكل والساقط اذا كان أخ المغلاق فهما كشيء واحد مضي فى معنى الانتفاع حتى لا ينتفع بأحدهما دون الآخر والبينة بينة المستأجر لانه هو المحتاج الى اقامتها وكذلك لو كان فيها بيت مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان فى البيت مطروحا فقال رب الدار هو من سقف هذا البيت وقال المستأجر بل هو لي ويعرف أن تصاويره موافق لتصاوير البيت فالقول فى ذلك قول رب الدار لشهادة الظاهر له وهو نظيره مالو اختلفا الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال يجعل القول قول الزوج وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها ثم موافقة التصاوير وكون موضع ذلك الجذع من السقف ظاهرا دليل فوق اليد واذا جعل القول قول ذى اليد لشهادة الظاهر له فهذا أولى وعمارة الدار وتطينها واصلاح الميزاب وما وهى من بنائها على رب الدار لان به يتمكن المستأجر من سكنى الدار وكذلك كل سترة يضر تركها بالسكنى لان المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة فان أبى أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه الا أن يكون استأجرها وهى كذلك وقد رآها فحينئذ هو راضى بالعيب فلا يردها لاجله واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وان كان امتلأ من فعل المستأجر لما بينا أنه يحتاج فى ذلك الى هدم البناء ولكن لا يجبر رب الدار على ذلك ولا المستأجر وان شاء المستأجر أن يصلح ذلك فعل ولا يحتسب له من الاجر وان شاء خرج اذا أبى رب الدار أن يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ فيما يعتمد لزومه تمام الرضاء ولو استأجر من رجل نصف أرض غير مقسوم أو نصف عبد أو نصف دابة فالعقد فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله

والشيوع فيما يحتمل القسمة ومالا يحتمل القسمة سواء عنده فى افساد الاجارة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله جائز ويتهايآن فيه وحجتهم في ذلك أن هذا معاوضة مال بمال فتلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة (ألا ترى) انه لو أجر من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى ولو أجر من رجلين تجوز العقود وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعا والدليل عليه أنه لو أعار نصف داره من انسان جاز ذلك وتأثير الشيوع في المنع من عقد التبرع أكثر منه فى المنع من المعاوضة كما فى الهبة مع البيع فاذا جاز تمليك منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة أولى وأبو حنيفة رحمه الله يقول التزم بعقد المعاوضة تسليم مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الآبق أو أجره * وبيان ذلك أن عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعا انما يتحقق من جزء معين فانهما ان تهايأ على المكان فانما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهايأ على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما جميع الدار فى بعض المدة فعرفنا أن استيفاء المنفعة فى الجزء الشائع لا يتحقق فكان باضافة العقد الى جزء شائع ملتزما تسليم ما لا يقدر علي تسليمه ويحكى عن أبي طاهر الدباس رحمه الله انه كان يقول اذا أجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي يصح عند أبي حنيفة رحمه الله واذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاجان الى المهايأة فاما أن يعود الى يد الاجير جميع المستأجر فى بعض المدة اذا تهايآ علي الزمان أو بعض المستأجر فى جميع المدة اذا تهايأ على المكان وعود المستأجر الى يد الاجير يمنع استيفاء المنفعة بحكم الاجارة كما لو اعاره المستأجر من الاجير أو أجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد يبطل الاجارة فاما اذا أجر أحدهما نصيبه من أجنبي فالمهايأة تكون بين المستأجر والشريك فلا يعود المستأجر الى يد الاجير وانما يعود الى يد أجنبي وذلك جائز فى الاجارة كما لو أعاره المستأجر أو أجره من أجنبي والاصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفاء المعقود عليه لايتأدى الا بالمهايأة والمهايأة عقد آخر ليس من حقوق عقد الاجارة فبدونه لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة مع الفساد استوجب أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما فى بيع الآبق فاذا استوفى فقد تحقق الاستيفاء بعد انعقاد

العقد وهـذا بخلاف البيع لان التسليم هناك بالتخلية يتم وذلك في الجزء الشائع يتم فأما اذا أجره من شريكه فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز ذلك وجعله كالرهن في هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما يتناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هنا فانه يسكن جميع الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة بخلاف ما اذا أجره من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفاء على الوجه الذى أوجبه العقد وهو نظير بيع الآبق ممن هو في يده يجوز بكون التسليم مقدورا عليه بيده ومن غير من في يده لا يجوز لعجزه عن التسليم وهذا بخلاف الرهن فبالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه لان المعقود عليه هو الحبس المستدام ولا تصور لذلك في الشائع وفي هـذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبه فارق الهبة أيضا فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذى به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره في ذلك سواء وأما اذا أجر من رجلين فتسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه باعتبار ما أوجبه الراهن لهما فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فقد ذكر الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه يفسد العقد في النصف الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع تقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد منعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا بخلاف الاعارة لانه لا يتحقق بها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فانما يؤثر في العقد الذي يتعلق به استحقاق التسليم. رجل تكارى دارا من رجل على أن جعل أجرها أن يكسوه ثلاثة أثواب فهذا فاسد لان المسمى مجهول الجنس والصفة والثياب بمطلق التسمية لا تصلح عوضا في البيع فلا تصلح أجرة وعليه أجر مثلها فيما سكن لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد

ولو تكارى منزلا كل شهر بدرهم نخلى بينه وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء رأس الشهر وطلب الاجر فقال المستأجر لم يفتحه ولم أنزله فان كان يقدر على فتحه فالكراء واجب عليه لتمكنه من استيفاء المعقود فانه في الامتناع بعد التمكن قاصد الي الاضرار بالاخير فيرد عليه قصده وان كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لانه ما تمكن من الاستيفاء وعلى المؤاجر أن يمكنه من استيفاء المعقود فلا يستوجب الاجر بدونه اذا لم يستوف ولو تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان نخلي بينه وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طلب الاجر فقال ما سكنته حال بيني وبين المنزل فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك أو جاحد فانه يحكم الحال فان كان المستأجر فيه في الحال فالأجر عليه وان كان الغاصب فيه فلا أجر عليه والقول فيه قوله لان الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول الى المعلوم ويحكم فيه الحال كالمستأجر مع رب الرحا اذا اختلفا في انقطاع الماء في المدة يحكم الحال فيه وان لم يكن في المنزل ساكن في الحال فالمستأجر ضامن الأجر لانه متمكن من استيفاء المنفعة في الحال فذلك دليل على أنه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الأجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة ولو تكارى بيتا ولم يسم مايعمل فيه فهو جائز لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت وذلك لا يتفاوت فلا حاجة الى تسميته وليس له أن يعمل فيه القصارة ونظائرها لان ذلك يضر بالبناء وقد بينا أنه لا يستحقه بمطلق العقد فان عملها فانهدم البيت فهو ضامن لما انهدم من عمله لانه متلف متعدى ولا أجر عليه فيما ضمن لان الاجر والضمان لا يجتمعان فانه يتملك المضمون بالضمان مستندا الى وقت وجوب الضمان فلا يجب عليه الأجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه وان سلم فعليه الأجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه لانه غاصب فيما صنع ولهذا كان ضامنا ولا أجر على الغاصب في المنفعة * وجه الاستحسان أنه استوفى المعقود عليه وزيادة وانما كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فاذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه واذا انهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لايجاب الضمان عليه فلهذا لا يلزمه الاجر وان قال المستأجر استأجرته منك لأعمل فيه القصارة وقال رب البيت أكريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لانه هو الموجب ولو أنكر الايجاب والاذن أصلا كان القول قوله اذا أقر بشيء دون شيء ولان المستأجر يدعى زيادة فيما استحقه بالعقد فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان سكنه وأسكن

فيه معه غيره فانهدم من سكنى غيره لم يضمن لانه غير متعدى فيما صنع وكثرة الساكنين في الدار لاتوهن البناء ولكنها تزيد فى عمارة الدار واذا طالب رب البيت أجر ما سكن فقال الساكن أسكنتنيه بغير أجر فالقول قوله والبينة بينة رب الدار لانه يدعى الاجر فى ذمة الساكن فعليه اثباته بالبينة والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين اذا قال بعته منك وقال الآخر وهبته لى وقد هلك فى يده لان العين متقوم فى نفسه ولا تسقط قيمته الا بالايجاب بطريق التبرع ولم يوجد فاما المنفعة لا تتقوم الا بشرط البدل ولم يثبت ذلك وان قال الساكن الدار لى أو قال هى دار فلان وكلنى بالقيام عليها فالقول قول الساكن لان اليد له والبينة بينة الطالب لانه يثبت ملكه والساكن خصم له لظهورها فى يده فلا تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله هى دار فلان ولان الطالب يدعى عليه فعلا وهو استيفاؤها منه بحكم الاجارة وان قال الساكن وهبتها لى لم يصدق على الهبة لانه أقر بالملك له وادعى تمليكها عليه ولا أجر عليه لانه فى حق الآخر منكر والبينة بينته ان أقامها لانه يثبت سبب الملك لنفسه هنا وهو الهبة فان أقر باصل الكراء وادعى الهبة فدعواه باطل والكراء لازم لاقراره له بالسبب الموجب له الا أن يقيم البينة على ما ادعى من الهبة. رجل تكارى من رجلين منزلا بعشرة دراهم كل سنة فخرج الرجل منه وعمد أهله فاكروا من المنزل بيتا وأنزلوا انسانا بغير أجر فانهدم المنزل الذي سكنوه فلا ضمان على الآخر لان أكثر ما فيه انه غاصب والعقار لا يضمن بالغصب ولا ضمان علي المستأجر الثانى الا أن ينهدم من عمله فحينئذ يكون متلفا واذا انهدم من عمله وضمنه رجع به على الذى أجره لانه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان باشره رجل تكارى منزلا كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصر فلا كراء على المرأة لانها لم تستأجر ولم تلتزم شيئا من الاجر والكراء علي الزوج لتمكنه من الاستيفاء بمن اقامه مقام نفسه فى السكنى فى المنزل ولا تخرج من المنزل حتى يهل الهلال لان العقد فى الشهر الواحد لزم بهذا اللفظ فلا ينفرد أحدهما بالفسخ فان تكارى على أن ينزله وحده لا ينزله غيره وتزوج امرأة أو امرأتين فله ان ينزلها معه وليس الشرط بشئ لانه غير مفيد فكل ما كان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها وان حفر المستأجر فى الدار بئرا للماء أو الوضوء فعطب فيها انسان أو دابة فان حفر باذن رب الدار فلا ضمان عليه وان حفر بغير اذنه فهو ضامن لان المسبب انما يضمن اذا كان متعديا فى السبب وهو فى الحفر بغير اذنه متعدى فاما في الحفر باذنه لا يكون

متعديا ولكن يجعل فعله كفعل رب الدار وان تكارى داراً كل شهر بعشرة على أن يعمرها ويعطى أجر حارسها ونوابها فهذا فاسد لان مايعمر به الدار على رب الدار والثانية كذلك عليه فهى الجباية بمنزلة الخراج فهى مجهولة فقد شرط لنفسه شيئا مجهولا مع العشرة وضم المجهول الى المعلوم يجعل الكل مجهولا فاما أجر الحارس فهو على الساكن لانه هو المنتفع بعمله واذا سكن الدار فعليه أجر مثلها بالغا ما بلغ لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ورب الدار مارضي بالمسمى حين ضم اليه شيئا آخر لنفسه فلهذا لزمه أجر المثل بالغا ما بلغ والاشهاد على المرتهن والمستأجر والمستعير في الحائط الوهى باطل لان الاشهاد انما يصح على من يتمكن من هدم الحائط فانه يطالبه بتفريغ ما اشتغل من الهواء بالحائط المائل وهؤلاء لا يتمكنون من التفريغ بالهدم فلا تتوجه عليهم المطالبة . رجل تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان غيره فادخل دابة في الدار وأوقفها على بابه فضربت إنسانا فمات أو هدمت حائطا أو دخل ضيف له على دابة فوطئ انسانا من السكان فلا ضمان على الساكن ولا على الضيف لانه غير متعدى فى ادخال الدابة وايقافها فى الدار فان للساكن أن يربط دابته فيها الا أن يكون هو على الدابة حين أوطأت انسانا فحينئذ يضمن لانه مباشر للاتلاف وان تكاراها سنة وقبضها لم يكن لرب الدار أن يربط فيها دابته من غير رضي الساكن لان الساكن فيما يرجع الى الانتفاع كالمالك والمالك كالاجنبي فان فعل فهو ضامن لما أصابت لكونه متعديا فى التسبب ولو تكارى دارا يسكنها شهرا بخدمة عبد شهرا فان كان العبد بغير عينه فالاجارة فاسدة لجهالة أحد العوضين وان كان بعينه فالاجارة جائزة لاختلاف جنس المنفعة فان مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل الدار لان بموت العبد فات المعقود عليه من الخدمة قبل الاستيفاء فيفسد العقد فى حق السكنى وبقيت السكنى مستوفاة بعقد فاسد وكان على المستوفى أجر المثل رجل تكارى دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط ومثل هذا الشرط لا يلائم العقد فان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ينقص مما سمي لان المستأجر التزم المسمى بدون أن يسكنها فالتزامه لها فاذا سكن أظهر ورب الدار انما رضى بالمسمى اذا لم يسكنها فعند السكنى لا يكون راضيا بها فلهذا أعطاه أجر مثلها بالغا ما بلغ فان تكاراها على أن يسكنها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها حيوانا وقال رب الدار ردها على (قال) هذا يخربها فليس له ذلك حتى تنقضي المدة لان مافعل من السكنى (ألا ترى) انه لو سكنها كان له أن يجعل فيها من الحبوب مع

نفسه ما يحتاج اليه فهذا مما صار مستحقا بعقد الاجارة فلا يمنعه رب الدار منه ولا يفسخ العقد لاجله واذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه فى الدار فلما انقضت المدة طالبه بالأجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشيء من ذلك لان العقد لم يجر بينه وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه أجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالاجر فكذلك اذا أسكنه دارا يكتريها فان تكارى منزلا فى دار فيها سكان فأمره صاحب المنزل أن يكنس البئر التي فى الدار ففعل وطرح ترابها فى الدار فعطب بذلك انسان فلا ضمان عليه لان فعله بأمر رب الدار كفعل رب الدار بنفسه وكذلك ان فعله بغير أمر رب الدار لان هذا من توابع السكنى فان الساكن مرتفق بالبئر ولا يتأتى له ذلك الا بالكنس فلم يكن متعديا فيما صنع فلهذا لا يضمن الا أن يخرج التراب الى الطريق فحينئذ هو متعد فى القاء التراب فى الطريق فكان ضامنا. رجل تكارى دارا سنة على انه فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفى أحد قول الشافعي رحمه الله لايجوز بناء على الاصل الذى بينا أن جواز الاجارة بطريق أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين سقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار فيه غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من أن يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم شرط الخيار في البيع ثابت بالنص بخلاف القياس والاجارة ليست فى معناه فلايجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجز شرط الخيار فى النكاح فكذلك فى الاجارة والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة *وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة مال بمال فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وتأثيره أنه لما كان المقصود المال وقد يقع نفيه قبل أن يروى المرء النظر فيه فهو محتاج الى شرط الخيار فيه ليدفع الغبن عن نفسه والاجارة فى هذا كالبيع (ألا ترى) أنه فى الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك فى الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالاقالة كالبيع ويعتمد لزومه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم ان كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لاتدخل فى ضمان المستأجر الا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك يتلف على ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وان اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا والحقيقة أن ابتداء المدة من حين يتم رضاه بالعقد وذلك عند اشتغاله باستيفاء المنفعة أو عند مضي مدة الخيار فان سكنها فى المدة فقد تم رضاه باشتغاله بالتصرف فيسقط خياره والله أعلم وان كان شرط لنفسه الخيار

ثلاثة أيام فان رضيها أخذها بمائة درهم وان لم يرضها أخذها بخمسين فالاجارة فاسدة لجهالة لاجرة وان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم منها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز واذا أجر الوصي دار اليتيم مدة طويلة جازت الاجارة لانه قائم مقامه لو كان بالغا في كل عقد نظرا له الا أن ينتقص من أجر مثلها مالا يتغابن الناس فيه فلا يجوز اعتبارا للاجارة بالبيع وهذا لانه مأمور بقربان ماله بالاحسن وبما يكون أصلح له قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير ويجوز لو كيل الكبير أن يؤاجرها بما قل وكثر فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا بما يتغابن الناس فى مثله وهو نظير البيع فى ذلك. رجل تزوج امرأة وهى فى منزل بكراء فمكث معها سنة فيه ثم طلب صاحب المنزل الكراء وقد أخبرت المرأة الزوج أن المنزل معها بكراء أو لم تخبره فالاجرة على المرأة دون الرجل لانها هى التى باشرت سبب وجوب الاجر وهو العقد فان كان قال لمالك على مع نفقتك أجر المنزل كذا وكذا وضمنه لرب المنزل فهو عليه لانه ضمن دينا واجبا لرب المنزل وان أشهد لها به ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله ذلك لان الاجر عليها لا لها فلا يكون هو ضامنا لها ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه فان شاء أعطى وان شاء لم يعط واذا تكارى دارا لم يرها فله الخيار اذا رآها لان الاجارة كالبيع يعتمد تمام الرضا فكما لا يتم الرضا فى البيع قبل الرؤية فكذلك فى الاجارة ورؤية المعقود عليه وهو المنفعة لا تتأتى ولكن يصير ذلك معلوما برؤية الدار فان منفعة السكنى تختلف باختلاف الدار فى الضيق والسعة ولهذا لو كان رآها قبل ذلك فلا خيار له فيها الا أن يكون انهدم منها شئ يضر بالسكنى فحينئذ يتخير للتغير واذا استأجر دارا سنة كل شهر بمائة درهم لم يكن لواحد منهما أن يفسخ الاجارة قبل كمال السنة لان الصفقة واحدة باتحاد العاقدين فبالتفصيل فى ذكر البدل لا تتفرق الصفقة ولكن هذا التفصيل وجوده كعدمه فيكون العقد لازما في جميع السنة لا يفسخه أحدهما الا بعذر وان قال المستأجر استأجرتها شهرا فالقول قوله لانه ينكر الاجارة فيما زاد على الشهر ولو أنكر أصل العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أنكر الزيادة والبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الزيادة وان استأجرها شهرا بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر الاول ولا كراء عليه فى الشهر الثانى لانه غاصب فى السكنى والمنافع لا تتقوم الا بالعقد وعند ابن أبى ليلى رحمه الله عليه أجر مثلها فى الشهر الثانى وقد بينا نظيره فى العارية فان انهدمت من سكناه فقال انما انهدمت فى

الشهر الاول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار لانه يثبت السبب الموجب للضمان عليه وكذلك ان زاد علي الشهر يوما أو يومين لانه غاصب فيما زاد فيستوى فيه قليل المدة وكثيرها واذا أجر البيت من رجل وسلم اليه المفتاح فلما انقضت المدة قال المستأجر لم أقدر علي فتحه ولم أسكنه فالقول قول صاحب البيت والبينة بينته أيضاأماجعل القول قوله لشهادة الظاهر له فالمفتاح مااتخذ الا لفتح الباب والظاهر أنه من وصل اليه المفتاح تمكن من فتح الباب إما بنفسه أو بمن يعينه وأما ترجيح بينته فلانه يثبت الاجر في ذمة المستأجر باثباته السبب الموجب وهو التمكن من استيفاء المنفعة بعد العقد والمستأجر ينفى ذلك واذا تكارى دارا شهرا فاقام معه صاحب الدار فيها الى آخر الشهر فقال المستأجر لاأعطيك الاجر لانك لم تخل بيني وبين الدار (قال) عليه من الاجر بحساب ما كان في يده لانه استوفي بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذى في يده فليلزمه الاجر بقدره اعتبارا للجزء بالكل. رجلان استأجرا حانوتا يعملان فيه بانفسهما فعمد أحدهما فاستأجر أجيرا فأقعده في الحانوت وأبى الآخر أن يدعه (قال) له ان يقعد في نصيبه من شاء مالم يدخل علي شريكه في نصفه ضررا بينا لان لكل واحد منهما ملك منفعة النصف فله أن يتصرف فيما يملكه كيف شاء الا انه اذا أدخل ضررا على شريكه فحينئذ يمنع من ذلك لان تصرفه متعد الى نصيب شريكه وفيه ضرر عليه وكذلك ان كان أحدهما أكثر متاعا من الآخر وان أراد أحدهما أن يبنى وسط الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء تصرف في العين فان مايملك مالك الرقبة وهما يملكان المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيتا ودكانا على بابه كل شهر بدرهم والدكان في طريق المسلمين فحيل بينه وبين أن يترفق بالدكان فالكراء جائز في الدار ويرفع عنه بحساب الدكان لانه أضاف العقد فيهما الى محله وهو عين منتفع به (ألا ترى) أنه لو لم يتعرض له انسان حتى استوفى منفعتهما سنة كان عليه الاجر كاملا فاحيل بينه وبين الترفق بالدكان يرفع عنه بحسابه من الأجر كما كانا بيتين فغصب أحدهما غاصب. رجلان استأجرا منزلا واشترطا فيما بينهما أن ينزل أحدهما في أقصاه والآخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك في أصل الاجارة فالاجارة جائزة ولصاحب الاقصي أن ينزل في مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التي بينهما بعدما ملك المنفعة بالاجارة بمنزلة المهايأة والمهايأة لا تكون واجبة فلا يكون أحدهما أحق بالانتفاع بالمقدم من الآخر واذا تكارى دارا لينزلها بنفسه وأهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دواب وبقرا

فانهدمت من عملهم فلا ضمان عليه لان هذا ليس بخلاف منه فان ما فعل من توابع السكنى وعليه الأجر وقيل هذا اذا كان منزلا تدخل الدواب مثل ذلك المنزل عادة فان كان بخلاف ذلك فهو غاصب ضامن لما ينهدم بعمله واذا مات أحد المكاريين انتقضت الاجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لاتنتقض بموتهما ولا بموت أحدهما الا فى خصلة واحد وهى اذا شرط علي الخياط أنه يخيط بنفسه فمات الخياط وعلى بناء أصله أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك العقد علي المنفعة وهذا لانه لما جعل كالعين فقد تم الاستحقاق فى الكل فبموت الاجير لايتغير ذلك لان وارثه يخلفه فيما كان مستحقا له وقاس بالارض المستأجرة اذا زرعها المستأجر ثم مات فان الاجارة لاتنتقض بالاتفاق بل يخلفه وارثه فى تربية الزرع فيها الى وقت الادراك ولان هذا عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة فلا يبطل بموت العاقد الا أن يتضمن هذا المعقود عليه كالنكاح فان زوج أمته ثم مات المولي لا يبطل العقد وبموت أحد الزوجين يرتفع العقد لتضمنه فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الاجارة بموت الخياط اذا شرط عليه العمل بيده لفوات المعقود عليه وتبطل الكتابة بموت المكاتب عنده لفوات المعقود عليه ولا تبطل بموت المولى بالاتفاق ولنا طريقان (أحدهما) فى موت الاجير فنقول المستحق بالعقد المنافع التى تحدث على ملك الاجير وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه وبيان ذلك أن رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة (ألا ترى) أنه لو باع الدار برضاء المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره * توضيحه أنه فيما يحدث فيها من المنفعة بعد الموت هو مضيف للعقد الى ملك الغير وليس له ولاية الزام العقد فى ملك الغير وهذا لان الاجارة تتجدد فى ملك المعقود عليه بحسب مايحدث من المنفعة فان (قيل) فعلى هذا ينبغى أن تعمل الاجارة فيها من المورث (قلنا) انما لاتعمل اجارته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فما كان يعلم عند ذلك أن العقد مضاف الى محل حقه وهذا بخلاف النكاح لان ملك النكاح فى حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق فيما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الآخر فى موت المستأجر وهو أنه لو بقى العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث (ألا تري) ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن

المستعير مالك للمنفعة وفى حكم التوريث لافرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لاتورث والدليل عليه لوأوصى برقبة عبده لانسان وبخدمته لآخر فرد الموصي له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوارثة خلافة فلا يتصور ذلك الافيما يبقى ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة فى حياة المستأجر لاتبقي والتى لاتحدث لا تبقى لتورث والتى تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيهـا فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لايخلفه فيه وفصل الارض المزروعة والسفينة اذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة فى القياس تبطل الاجارة فيهما ولكن في الاستحسان لاتبطل للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة لاتعتبر لاثبات عقد الاجارة ابتداء حتي لومضت والزرع بقل بعقد بينهما عقدت الاجارة الى وقت الادراك لدفع الضرر فلأن يجوز ابقاء العقد لدفع هذا الضرر أولى والمستحسن من القياس لايورد نقضا على القياس اذا عرفنا هذا فنقول رجلان أجرا دارا ثم مات أحدهما فالعقد ينتقض فى حصته فان رضي الوارث وهو كبير أن تكون حصته على الاجارة ورضى به المستأجر فهو جائز لان هذا عقد بينهما فى حصته بالتراضى وذلك جائز وان كان مشاعا لانه يؤاجر من شريكه ففى نصيب الحى منهما العقد باق لما بينا أن الشيوع الطارىء لا يرفع الاجارة لا زفر رحمه الله فانه سوى بين الشيوع الطارىء والمقارن فقال بموت أحدهما تبطل الاجارة فيهما وكذلك لو مات أحد المستأجرين فبطلان العقد فى نصيب الآخر بيننا وبين زفر رحمه الله على الخلاف وقد بينا رواية فيه عن أبى حنيفة رحمه الله كقول زفر رحمه الله فان تكاري دارا سنة علي أن يعجل له الاجر فسكن الدار شهرا فقال رب المنزل عجل لى الآجر كما شرطت عليك فأبى أن يعطيه فاراد أن يخرجه قبل السنة (قال) يا خذه بالاجر حتى يعجله وليس له أن يخرجه حتى تمضى السنة لان العقد لازم كالبيع والمشترى اذا امتنع من ايفاء الثمن فالبائع يطالبه به ولا يتمكن من فسخ البيع لاجله فكذلك فى الاجارة بعد شرط التعجيل يطالبه بالاجرة ولا يتمكن من فسخ الاجارة لاجله واذا بنى المستأجر فى الدار تنورا يخبز فيه باذن رب الدار أو بغير اذنه فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه لانه غير متعدى فى هذا التسبب فان

اتخاذ التنور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير اذن رب الدار فعمله في ذلك كفعل رب الدار فان تكارى منزلا شهرا بدرهم فسكنه أياما ثم خرج وتركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضى الشهر فان خرج من غير عذر فعليه أجر بحساب ماسكن وان خرج من غير عذر فعليه أجر الشهر كله لان بخروجه بغير عذر لاتنفسخ الاجارة فبقى تمكنه من استيفاء المنفعة مع قيام العقد وان خرج بعذر فقد انفسخت الاجارة فلا أجر عليه الا لما مضى وهذا على رواية هذا الكتاب أن عند العذر ينفرد أحدهما بالفسخ من غير قضاء القاضى لان هذا في المعنى امتناع من الالتزام على مابينا أن عقد الاجارة فى حكم المتجدد فى كل ساعة فاما على رواية الزيادات لاينفسخ الا بقضاء القاضي بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض فعلى تلك الرواية عليه الأجر اذا خرج مالم يقض القاضى بالفسخ الا أن يساعده رب الدار على ذلك بان يسكن الدار بنفسه . رجل وكل رجلا أن يؤاجر منزله فاجره من ابن الموكل أوابيه أو عبده أومكاتبه فلما مضت الاجارة وطالبهم الوكيل بالأجر أبوا أن يعطوه فالاجر واجب عليهم الا عند الموكل فانه لاأجر عليه لان عقد الوكيل مع هؤلاء كعقد الموكل بنفسه وهو يستوجب الاجر لو عقد معهم بنفسه الا فى عبده خاصة فان المولى لايستوجب على عبده دينا فكذلك اذا عقد وكيله وان كان المولى هو المستاجر ورب الدار عبده فلا أجر عليه أيضا اذالم يكن على العبد دين لان كسبه لمولاه وان كان عليه دين فعلى المولى الأجر لان كسبه الآن لغرمائه وحقهم فيه مقدم علي حق المولى فالمولى فيه كاجنبي آخر مالم يسقط الدين وان كان المستأجر ابن الوكيل أو أباه فى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجارة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الاجارة جائزة والوكيل يطالب بالأجر وهذا نظير الوكيل بالبيع يبيع ممن لاتجوز شهادته له وقد بيناه فى البيوع وأن أجره الوكيل من أجنبي اجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كل واحد كابى حنيفة رحمه الله يعرف الاسباب المفسدة للعقد وعلى المستأجر أجر مثل الدار لان الوكيل فيما باشره قائم مقام الموكل فكأن الموكل باشر العقد الفاسد بنفسه والوكيل هو الذى يستوفي لانه وجب بعقده. رجل دفع داره الى رجل يسكنها ويرمها ولا أجر لها فأجرها من رجل فانهدمت الدار من سكنى الآجر (قال) يضمن رب الدار المستاجر ويرجع المستأجر بذلك على الذى آجره لان رب الدار اعارها من المدفوع اليه وليس للمستعير أن يواجر فكان

المستأجر غاصبا لها ضامنا لما انهدمت من سكناه ويرجع به على الذى آجره لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان ولا يكون لرب الدار أن يضمن المؤاجر الا فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله بناء على غصب العقار. رجل وكل رجلا بأن يؤاجر منزلا له فوهبه الوكيل لرجل أو أعاره اياه فسكنه سنين ثم جاء صاحبه فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان كل واحد منهما غاصب فالوكيل فى الهبة والاعارة مخالف ولكن المنفعة لا تتقوم على الغاصب من غير عقد. رجل استأجر منزلا والمنزل مقفل فقال له رب المنزل خذ المفتاح وافتحه واسكنه ففتح الرجل المنزل وأعطى أجر الحداد لفتح القفل نصف درهم فليس له أن يرجع بما أعطى الحداد على رب المنزل لانه هو الذى التزمه بعقد الاجارة ولم يكن فيه مأمورا من جهة رب المنزل وان انكسر القفل من معالجة الحداد فالحداد ضامن لقيمته لانه بمنزلة الاجير المشترك فيكون ضامنا لما جنت يده ولا يضمن المستأجر القفل اذا عالجه بما يعالج مثله لان صاحب القفل قد أذن له فى فتحه وليس له عوض بمقابلة عمله في فتح القفل وكذلك ان عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به اذا كان يعلم أن الانكسار لم يكن بفعله وهذا لان الاجير المشترك لا يضمن بما يتلف لا بعمله والله أعلم

باب اجارة الحمامات

(قال رحمه الله ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت الى عثمان بن عفان رضي الله عنه وسألنى عن مالى فاخبرته أن لى غلمانا حجامين لهم غلة وحماما له غلة فكره لى غلة الحجامين وغلة الحمام وقد تقدم الكلام فى كسب الحجام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلماء رحمهم الله أخذا بظاهر الحديث) قالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن منعن من الخروج وأمرن بالقرار فى البيوت واجتماعهن قل مايخلو عن فتنة وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتى يدخلن الحمام وأمرت باخراجهن والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة الى ذلك خصوصا فى ديارنا والحاجة فى حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة ولا تتمكن من ذلك الا فى الانهار

والحياض كما يتمكن منه الرجل ولان المطلوب به معنى الزينة بازالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع الى الزينة أكثر وقد صح فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ماروي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة فأما بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة فى غلة الدور والحوانيت واذا استأجر الرجل حماما مدة معلومة بأجر معلوم فهو جائز لانه عين منتفع به علي وجه مباح شرعا فان كان حماما للرجال وحماما للنساء وقد جددهما جميعا فسمى فى كتاب الاجارة حماما فهو فاسد فى القياس لانه انما استأجر حماما واحدا فان النكرة فى موضع الاثبات تخص ولا يدرى أيهما استأجروهما يتفاوتان فى المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكنى أدعى القياس وأجيز له الحمامين جميعا لعرف اللسان فانه يقال حمام فلان وهما حامان والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص وعمارة الحمام فى صاروجه وحوضه ومسيل مائه واصلاح قدره على رب الحمام لان المنفعة المقصودة بالحمام لا تتم الا بهذه الاشياء وعلى المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذى هو مقصوده ولان المرجع فى هذا الى العرف وفى العرف صاحب الحمام هو الذى يحصل هذه الاعمال فان اشترط المرمة على المستأجر فسدت الاجارة لان المرمة علي الآجر فهذا شرط مخالف لمقتضي العقد ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول المقدار والجنس والصفة وجهالة الاجرة تفسد الاجارة ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم فى كل شهر لمرمته مع الاجرة واذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لانه معلوم المقدار وقد جعله نائبا عن نفسه فى انفاقه علي ملكه فبهذا يستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة كتاب البيوع اذا قال لمدينه أسلم مالى عليك فان هناك لم يبين له من يشترى منه مايرم به الحمام ومن يستأجره لذلك ومع هذا جوز التوكيل وكذلك ذكر بعد هذا فى اجارة الدواب لو أمره بانفاق بعض الاجرة علي الدابة علي علفها جاز ذلك وهما سواء حتى زعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن الجواب قولهما وفى القياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك والاصح أنه قول الكل وانما استحسن هنا أبو حنيفة رحمه الله للتيسير فالمستأجر للحمام يلحقه الحرج باستطلاع رأى صاحب الحمام عند كل مرة والمستأجر للدابة كذلك ثم قد عين له المحل الذى أمره بصرف الدين اليه فنزل ذلك منزلة تعيين من يعامله كما لو أمر المدين بأن ينفق علي عياله من الدين الذى له عليه بخلاف

مسئلة السلم فان قال المستأجر قد أنفقتها عليه لم يصدق الا ببينته لان الأجر دين فى ذمته والمدين اذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك منه الا بحجة ويستحلف رب الحمام على عمله لانه لوأقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم وكذلك لو اشترط عليه انه أمين فى هذه النفقة وأن القول قوله فيها لم يكن القول قوله لان المدين ضامن ما في ذمته واشتراط كون الضامن أمينا مخالف لحكم الشرع فكان باطلا ولو جعلا بينهما رجلا يقبضها وينفقها على الحمام فقال المستأجر دفعتها اليه وكذبه رب الحمام فان أقر العدل بقبضها برئ المستأجر لانه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الاقرار بالقبض ويجعل كاقرار الموكل بذلك فان رب الحمام حين سلطه علي القبض فقد سلطه على الاخبار به ثم العدل أمين فيما يصل اليه فيكون القول قوله فيما يدعى من ضياع أو نفقة مع يمينه كالمودع وان كان العدل كفيلا بالأجر كان مثل المستأجر غير مؤتمن ولا يصدق لان الكفيل ضامن لما التزمه في ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بئر الماء ومسيل ماء الحمام أو موضع سرقينه وان لم يشترط لان هذا من مرافقه ومجامعه ولا يتم الانتفاع الا به فكان بيعا والبيع يصير مذكورا بذكر الاصل فهو بمنزلة مدخل الحمام وفنائه يدخل فى العقد من غير شرط ولو اختلفا فى قدر الحمام فهى لرب الحمام لانها مركبة فى بنائه ولان الظاهر فيها يشهد لرب الحمام فان اتخاذ القدر واصلاحه عليه ولو أراد رب الحمام أن يقعد مع المستأجر أمينا يقبض عليه يوما بيوم لم يكن له ذلك لان المستأجر صار أحق بالانتفاع بتلك النفقة فليس لاحد أن يقعد معه فى ذلك الموضع بغير اذنه لانه ليس لرب الحمام من غلة الحمام شئ انما له أجر مسمى فى ذمة المستأجر فاما فى الغلة فهو وأجنبي آخر سواء ولو انقضت مدة الاجارة وفي الحمام سرقين كثيرا وادعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لانه منقول كسائر الامتعة ولان الظاهر فيه يشهد للمستأجر لان ذلك عليه دون رب الحمام ويؤمر بنقله لان موضعه مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه وكذلك فى الرماد اذا كان منتفعا به فقال كل واحد منهما هو لى وأنا أنتفع به فالقول قول المستأجر فان أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لان رب الحمام يدعي لنفسه قبله حقا وهو نقل ذلك الرماد ويفرغ ذلك الموضع منه فعليه أن يبينه بالبينة والقول قول المستأجر مع يمينه ولو اشترط عليه فى الاجارة نقل الرماد والسرقين والغسالة لم يفسد ذلك الاجارة

لان ذلك مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مسقفا بخلاف البالوعة والكرياس وقد بينا الفرق واذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد بالشرط الا وكادة وان اشترط شيئا من ذلك على رب الحمام فى الاجارة فسدت الاجارة لانه شرط مفيد لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الاجارة ولو قال رب الحمام للمستأجر قد تركت لك أجر شهرين لرمة الحمام فهذا لا يفسد الاجارة لانه وكله بان ينفق ذلك القدر من دينه على حمامه فان قال قد أنفقتها لم يصدق الا ببينة وهو نظير ما بينا من العشرة في كل شهر واذا استأجر حمامين شهورا مسماة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل قبضهما فله أن يترك الباقى وان انهدم بعد قبضهما فالباقى له لازم بحصته من الأجر لان تمام الصفقة بقبض الحمام على ما بينا ان العين المنتفع بها تقام مقام المنفعة فى اضافة العقد اليه فكذلك فى اتمام الصفقة فى قبضه وتفريق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار للعاقد وبعد التمام لا يثبت كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق كان له الخيار في الباقي بخلاف ما بعد القبض ولو استأجر بيتين فانهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار له فى الباقى بخلاف ما قبل القبض ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة طلاآت فالاجارة فاسدة لان النورة التى اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها فى كل وقت وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل ولو استأجر حماما وعبدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لان المقصود هو الانتفاع بالحمام وبموت العبد لا يتمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام لا يثبت للعاقد حق الفسخ وان انهدم الحمام وانما استأجر العبد ليقوم على الحمام فى عمله فله أن يترك العبد ان شاء لان استئجار العبد لم يكن مقصودا لعينه وانما كان لعمل الحمام وقد تعذر بانهدام الحمام فيكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة فى العبد كما استأجر الرحا مع الثور ليطحن به فانهدم الرحا فانه يكون له الخيار فى الثور لما قلنا بخلاف ما اذا استأجر حمامين فانهدم أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما مقصودا ومنفعة أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما اذ منفعة أحدهما غير متصلة بمنفعة الآخر واذا استأجر حماما واحدا فانهدم منه بيت قبل القبض أو بعده فله أن يتركه لان منفعة بعض بيوت الحمام متصل بالبعض وبعد ما انهدم بعض البيوت لا يتمكن من الانتفاع بالباقى من الوجه الذى كان متمكنا من قبل ولو أن رجلا دخل الحمام باجر وأعطى ثيابه لصاحب الحمام يحفظها له فضاعت لم يكن عليه ضمانها هكذا

روى عن شريح رحمه الله وهذا لان صاحب الحمام فى الثياب أمين كالمودع فان ماياخذه ليس باجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وانما حبس لجمع الغلة لا لحفظ ثياب الناس فلا يكون ضامنا فاما الثيابى وهو الذى يحفظ ثياب الناس باجر فهو بمنزلة الاجير المشترك فى الحفظ فلاضمان عليه فيما سرق عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وإن لبس انسان ثوب الغير بمرآ العين منه فلم يمنعه لأن ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق ولانه مضيع تارك الحفظ ولا معتبر بظنه ولو دخل الحمام بدانق على أن ينوره صاحب الحمام فهو فاسد فى القياس لجهالة قدر ماشرط عليه فى النورة لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ولكنه ترك القياس فيه لانه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا علي أن يدخل الحمام فيغتسل فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكثه ومقدار مايصب من الماء ولكنه استحسن وجوزه لانه عمل الناس وقد استحسنوه وقد قال صلي الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان في اشتراط أعلام مقدار ذلك حرجا والحرج مدفوع شرعا . رجل استأجر حماما سنة بغير قدر واستأجر القدر من غيره فانكسرت القدر ولم يعمل فى الحمام شهرا فلصاحب الحمام أجرة لانه سلم الحمام اليه كما التزمه بعقد الاجارة والمستأجر متمكن من الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه الاجر لرب الحمام بخلاف ماذا كانت القدر لرب الحمام فانكسرت فان هناك المستأجر لايتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الاجارة مالم يصلح رب الحمام قدره ولا أجر لصاحب القدر من يوم انكسرت لزوال تمكنه من الانتفاع بالقدر ولا ضمان عليه فى ذلك سواء انكسرت من عمله أو من غير عمله المعتاد ولانه أمين في القدر مسلط علي الاستعمال من جهة صاحب القدر والله أعلم

باب اجارة الراعي

(قال رحمه الله واذا استأجر راعيا يرعى له غنما معلومة مدة معلومة فهو جائز لان المعقود عليه معلوم مقدور التسليم ثم الراعى قد يكون أجير واحد وقد يكون مشتركا فان شرط عليه رب الغنم أن لا يرعي غنمه مع غنم غيره فهو جائز) لانه يجعله بهذا الشرط أجير واحد وتبين أن المعقود عليه منافعه فى المدة والشرط الذى يبين المعقود عليه لا يزيد العقد الا وكادة فان مات منها شاة لم يضمنها لانه أمين فيما فى يده من الغنم ولا ينقص من أجره بحسابها

لان المعقود عليه منافعه وبهلاك بعض الغنم لا تتمكن النقصان من منافعه ولا في تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئا لان منافعه صارت مستحقة للأول فلا يملك ايجاب الحق فيها لغيره لان ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة ففقأ عينها كان ضامنا لانه لم يأذن له صاحبها بضربها فهو كما لو قتلها بضربته ولو سقاها من نهر فغرقت شاة منها لم يضمن لانه مأذون في سقيها وما تلف بالعمل المأذون فيه لا يضمن أجير الواحد كما في الدق وكذلك لو عطبت منها شاة في المرعى أو أكلها سبع وهو مصدق فيما هلك مع يمينه لانه أمين فيما في يده والقول قول الامين مع اليمين ولو هلك من الغنم نصفها أو أكثر كان له الاجر تاما ما دام يرعاها لان استحقاق الاجر بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعي مشتركا يرعى لمن شاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن لما يهلك بفعله من سياق أو سقي أو غير ذلك لان الاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان لم يخالف في اقامة العمل ظاهرا كما في القصار اذا دق الثوب فتخرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من غير تضييع أو أكل سباع فلا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن بجميع ذلك الا الموت لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت الا ببينة تقام له على ذلك لان على أصلهما القبض في حق الاجير المشترك يوجبه ضمان العين عليه فدعواه الموت بعد ذلك بمنزلة دعوى الرد من حيث أنه يدعى ما يسقط الضمان به عن نفسه فلا يصدق في ذلك الا بحجة كالغاصب ولو شرط عليه في الاجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الاجارة لان ذلك عليه من غير شرط فلا يزيده الشرط الا وكادة وان شرط عليه ضمان ما مات فالاجارة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع ولانه يلتزم بهذا الشرط ما ليس في وسعه وهو الحفظ عن الموت واشتراط ما ليس في وسع العاقد في العقد مفسد للعقد وان شرط عليه الضمان فيما سرق من غير عمله أو يأكله السبع فعند أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد لانه شرط مخالف لحكم الشرع وعندهما لان ذلك عليه من غير شرط واذا كان الراعي أجير واحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لانه لا ضمان عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الامين باطل وببطلان الشرط يبطل عقد الاجارة واذا أتى الراعي المشترك بالغنم الى أهلها فأكل السبع منها شاة وهي في موضعها فلا ضمان عليه لانه بتسليمها الى أهلها يخرج من عهدتها ولان عليه عمل الرعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها الى أهلها فلا ضمان عليه فيما يعطب

بعد ذلك وله أن يبعث الغنم مع غلامه وأجيره وولده بعد أن يكون كبيرا في عياله سواء كان مشتركا أو خاصا لان يد هؤلاء في الحفظ والرعى كيده وكذلك في الرد وهذا بالعرف فان الراعي يلتزم حفظ الغنم على الوجه الذى يحفظ غنم نفسه وذلك بيده تارة وبيد من فى عياله تارة واذا استأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما فأراد الراعى أن يرعى لغيره بأجر فلرب الغنم أن يمنعه من ذلك لانه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه فتبين أن المعقود عليه منافعه فيكون أجيراله خاصا فان لم يعلم رب الغنم بما فعله حتى رعى لغيره فله الاجر على الثانى ويطيب له ذلك ولا ينقص من أجر الاول شيء لانه قد حصل مقصود الاول بكماله وتحمل زيادة مشقة فى الرعى لغيره فما يأخذ من الثانى عوض عمله فيكون طيبا له وقد تقدم نظيره فى الظئر ولو كان يبطل من الشهر يوما أو يومين لا يرعاها حوسب بذلك من أجره سواء كان من مرض أو بطالة لانه يستحق الاجر بتسليم منافعه وذلك ينعدم فى مدة البطالة سواء كان بعذر أو بغير عذر ولو سأل راعيا أن يرعى غنمه هذه بدراهم فى الشهر أو قال شهرا فهو جائز وهو مشترك له أن يرعى لغيره لانه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله ببيان محله وهو الغنم عرفنا أن المعقود عليه العمل دون منافعه فيكون مشتركا سواء رعى لغيره أو لم يرع وان شرط عليه أن لا يرعى معها شيئا غيرها كان جائزا وكان بمنزلة الباب الاول فى أنه أجير واحد لانا انما جعلناه مشتركا استدلالا بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال اذا صرح بخلافه بالشرط ولو دفع اليه غنمه يرعاها على أن أجره ألبانها وأصوافها فهو فاسد لانه مجهول واعلام الاجر لا بد منه لصحة الاجارة وان اشترط عليه جبنا معلوما وسمنا لنفسه وما بقى بعد ذلك للراعى فهو كله فاسد والراعى ضامن لما أصاب من ذلك لانه يتناول ملك الغير فان الزيادة المنفصلة تملك بملك الاصل وله أجر مثله لانه أقام العمل بعقد فاسد ولو أن راعيا مشتركا خلط غنما للناس بعضا ببعض ولم يعرف ذلك أهلها فالقول فيه قول الراعى مع يمينه لانها فى يده والقول فى تعيين المقبوض قول القابض أمينا كان أو ضمينا كالمودع مع الغاصب فان قال لا أعرفها فهو ضامن لقيمة الغنم كلها لاهلها لان الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاك فان كل واحد منهم لا يقدر على الوصول الى عين ملكه وبمثل هذا الخلط يكون الراعى ضامنا وتكون الغنم له بالضمان والقول قوله في قيمتها يوم خلطها لان الضمان عليه فالقول فى مقداره قوله مع يمينه كالغاصب وان كان الراعى مشتركا يرعى فى الجبال فاشترط عليه صاحب الغنم أن يأتيه

بسمة مايموت منها والا فهو ضامن فهذا الشرط غير معتبر لانها قد تموت في موضع لا يمكنه أن يأتي بسمتها وقد يفتعل فيما يأتي من السمة بأن يأكل بعض الغنم ثم يأتي بسمته ويقول قدمات فان السمة لاتختلف بالذبح والموت فعرفنا أن هذا الشرط غير مفيد ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله القول قوله وان لم يأت بالسمة لانه أمين في العين عنده وعندهما هو ضامن وان أتى بالسمة الا أن يقيم البينة على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق غنما مع الراعي حتي يحضر صاحبها لان المصدق يأخذ الزكاة والزكاة تجب علي المالك ويتأدى بأدائه ونيته والراعي في ذلك ليس بنائب عنه فان أخذ المصدق الزكاة من الراعي فلا ضمان على الراعي في ذلك لان الراعي لا يتمكن من أن يمنع المصدق من ذلك فهو في حقه بمنزلة الموت وان خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها لان صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك وان اختلفا في عدة ماسلمه الى الراعي فالقول قول الراعي لانكاره قبض الزيادة والبينة بينة صاحب الغنم لاثباته الزيادة ببينته ثم يكون ضامنا للفضل بجحوده وليس للراعي أن يسقي من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يبيع ولا يقرض لانه مأمور بالرعي وهذا ليس من عمل الرعي فهو فيه كسائر الاجانب فيكون ضامنا ان فعل شيئا من ذلك ولو أن رب الغنم باع نصف غنمه فان كان استأجر الراعي شهرا على أن يرعى له لم يحطه من الاجر شيء لان المعقود عليه منافعه وانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه في المدة ولو أراد رب الغنم أن يزيد في الغنم مايطيق الراعي كان له ذلك لانه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبده في ذلك يستعمله في ذلك العمل بقدر طاقته وان استأجر شهرا يرعى له هذه الغنم بأعيانها لم يكن له أن يزيد فيها بالقياس لان التعيين اذا كان مفيدا يجب اعتباره والتعيين في حق الراعي مفيد لان المشقة عليه تختلف باختلاف عدد الغنم فهو ما التزم الا رعي ماعينه عند العقد فلا يكون لرب الغنم أن يكلفه شيئا آخر كما لا يكون له أن يكلفه عملا آخر ولكنه استحسن فقال له أن يكلفه من ذلك بقدر طاقته لان المعقود عليه منافعه فانه بدأ بذكر المدة وتعيينه الاغنام لبيان ماقصد من تملك منافعه بالاجارة لا لقصر حكم العقد عليه فاذا بقيت منافعه بعد هذا التعيين مستحقة لرب الغنم كان له أن يكلفه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يكلف عملا آخر لانه تبين مقصوده عند العقد وهو الرعي فما ليس من عمل الرعي لا يكون داخلا في حكم العقد ثم قال أرأيت لو ولدت الغنم أما كان عليه أن يرعي أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لان الولد بعد الانفصال

كشاة أخرى ولكن من عادته الاستشهاد بالاوضح فالاوضح ولولم يستأجره شهرا ولكنه دفع اليه غنما مسماة على أن يرعى له كل شهر بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها شاة لان المعقود عليه هنا عمل الرعى وانما التزم اقامة الكل فى المحل الذى عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وان باع منها طائفة فانه ينقصه من الاجر بحساب ذلك لان المعقود عليه لما كان هو العمل فانما يستوجب الاجر بقدر مايقيم من العمل كالخياط والقصار واذا ولدت الغنم لم يكن له عليه أن يرعى أولادها معها لان الولد بعد الانفصال في عمل الرعى كشاة أخرى فان كان اشترط عليه حين دفع الغنم اليه أن يولدها ويرعى أولادها معها فهو فاسد في القياس لان المعقود عليه هو العمل فلا بد من اعلامه واعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول لانه لايدرى ماتلد منها وكم تلد وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ولكنه استحسن ذلك فأجازه لانه عمل الناس ولان هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة بينهما والجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لاتفضي الى المنازعة فهى لاتؤثر في العقد والابل والبقر والخيل والحمير والبغال فى جميع ماذكرنا كالغنم وليس للراعى ان ينزى على شئ منها بغير أمر ربها لان ذلك ليس من عمل الراعى فهو فيه كالاجنبي ضامن لما يعطب منها ان فعله ولولم يفعله الراعى ولكن الفحل الذى فيها نزى على بعضها فعطب فلا ضمان على الرعى فى ذلك لان صاحب الغنم قد رضي بذلك حين خلط الفحل بالاناث من غنمه والراعى لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان عليه في ذلك ولوندت واحدة منها فخاف الراعى ان باع ماندمنها أن يضيع مابقى فهو فى سعة في ترك ماندمنها لانه ابتلى ببليتين فيختار أهونهما ولانه لو باع ماندمنها كان مضيعا لما بقى ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ ماندأ ولا يقدر وليس له أن يضيع مافي يده فلهذا كان فى سعة من ذلك ولاضمان عليه فيما ندفي قول أبى حنيفة رحمه الله لانه ضاع بغير فعله وهو فى ترك اتباعه مقبل على حفظ مابقى وليس بمضيع لماند وهو ضامن في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانه تلف بما يمكن التحرز عنه فى الجملة وان استأجر من يجئ بتلك الواحدة فهو متطوع في ذلك كغيره من الناس لان صاحبها لم يأمره بالاستئجار وكذلك ان تفرقت فرقا فلم يقدر على اتباعها كلها فأقبل على فرقة منها وترك ماسواها فهو فى سعة من ذلك لانه اقبال على حفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم سواء فان كان الراعى أجيرا مشتركا فرعاها فى بلد فعطبت فقال صاحبها إنما اشترطت عليك أن ترعاها فى موضع غير ذلك وقال الراعى بل شرطت على هذا الموضع فالقول قول رب السائمة لان الاذن يستفاد

من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه والبينة بينة الراعي لانه يثبت الاذن في هذا الموضع ببينته ثم لا يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما هو ضامن الا أن يقيم البينة على الموت وان كان أجيرا خاصا لم يضمن في قولهم جميعا الا أن يخالف ولا أجر للراعي اذا خالف بعد أن تعطب الغنم لانه غاصب ضامن وبالضمان يملك المضمون من وقت وجوب الضمان فيتبين أنه في الرعي كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره فان سلمت الغنم استحسنت أن أجعل له الاجر لحصول مقصود رب الغنم وهو الرعي مع سلامة أغنامه وهو بتعيين ذلك المكان ماقصد الا هذا فاذا حصل له هذا بعينه في مكان وجب عليه الاجر والله أعلم

باب اجارة المتاع

(قال رحمه الله واذا استاجر ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بأجر مسمى فهو جائز لانه عين منتفع به بطريق مباح وليس له أن يلبسه غيره) لان المعقود عليه لبسه بنفسه وهذا لان التعيين متى أفاد اعتبر وهذا تعيين مفيد لان الناس يتفاوتون في لبس الثياب فلبس الدباغ والقصار لا يكون كلبس العطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون في ذلك فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شيء لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شيء فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفى بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل (ألا ترى) أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر ولبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس (فان قيل) هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك يكفي لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه (قلنا) تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده واذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما (ألا ترى) أنه ضامن وان هلك من غير اللبس وان يد اللابس عليه يد معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس (وهذه جهالة) تفضي الى المنازعة لان صاحب

الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس فى اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الأخشن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا نصح التسمية مع فساد العقدوان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أوللعمل ولم يسم مايعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولاتصح التسمية مع فساد العقد * وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة فى المعقود عليه وعقد الاجارة فى حق المعقود عليه كالمضاف فانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استأجر قميصا ليلبسه يوما الى الليل فوضعه فى منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه ومازاد على ذلك ليس فى وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن فى اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى بعد انتهاء العقد وان ارتدى به يوما الى الليل كان عليه الاجر كاملا لان هذا لبس ولكنه غير تام فان المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وان اتزر به الى الليل فهو ضامن ان تخرق لان الاتزار بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية انما يتمكن من اللبس المعتاد فكان غاصبا اذا اتزر به ضامنا ان تخرق بخلاف ما اذا ارتدى به فان ذلك معتاد فى بعض الاوقات * توضيحه ان الاتزار مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والارتداء غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أودونه وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفى القياس لاأجر عليه لانه مخالف ضامن والضمان والاجر لايجتمعان كما لو ألبسه غيره * وجه الاستحسان أنه متمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وانما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الاجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما اذا تخرق فهناك لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الاجر عليه في ملك نفسه واذا سلم فهو لم يملك

الثوب فيلزمه الاجر لتمكنه من الاستيفاء واذا استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة أيام فلها أن تلبسه بالنهار وفى أول الليل وآخره ما يلبس الناس لان مطلق التسمية ينصرف الى المعتاد فى لبس الثوب الصيانة بالنهار ومن أول الليل الي وقت النوم ومن آخر الليل أيضا فقد يبكرون خصوصا عند طول الليالي وان لبست الليل كله فهى ضامنة لانها خالفت فان ثوب الصيانة لاينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة ان تخرق بالليل وان تخرق من لبسها فى غير الليل فلا ضمان عليها لان الخلاف قد ارتفع بمجيء النهار وانما كانت ضامنة بالخلاف لا بالامساك فان لها أن تمسك الثوب الي انتهاء المدة والامين اذا ضمن بالخلاف عاد أمينا بترك الخلاف كالمودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق فان تخرق من لبسها بالليل فهى ضامنة وليس عليها أجر فى تلك الساعة التى تخرق فيها الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك وبعده لانها مستوفية للمعقود عليه وان سلم ولم يتخرق فعليها الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود عليه وهذا لان الضمان لا ينافى العقد ابتداء وبقاء واذا بقي العقد تحقق منها استيفاء المعقود عليه فعليها الاجر الا فى الساعة التي ضمنت بالتخرق لانها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها ولهذا تقرر عليها الضمان وان كان الدرع ليس بدرع الصيانة انما هو درع بذلة ينام فى مثله فلا ضمان عليه ان نامت فيه وعليها الاجر لان بمطلق العقد يستحق ماهو المعتاد والنوم في مثله معتاد فلا تكون به مخالفة وان كانت استأجرته لتخرج تخرج فيه يوما بدرهم فلبسته فى بيتها فعليها الاجر لانها استوفت المعقود عليه ولبسها فى بيتها ولبسها اذا خرجت سواء وربما يكون لبسها فى بيتها أخف وكذلك لولم تلبس ولم تخرج لانها تمكنت من استيفاء المعقود عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا أجر عليها اذا صدقها رب الثوب لانها لم تكن متمكنة من اللبس بعد ما ضاع الدرع منها وان لبسته فى اليوم الثانى ضمنته لانتهاء العقد بمضى المدة وان كذبها رب الدرع فان كان الثوب في يدها حين اختلفا فالقول قول رب الدرع لان تمكنها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما مضي ولان تسليمه الثوب اليها تمكين لها من لبسه وذلك أمر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض غير ظاهر فعليها أن تبينه بالبينة والقول قول رب الدرع لانكاره مع يمينه على علمه لانه يحلف على الضياع من يد غيره ولا طريق له الا معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وان سرق منها أو تخرق من لبسها فلا ضمان عليها وكذلك لو أصابه أقرض فأر و حرق نار أو لحس

سوس والحاصل أن المستأجر فى العين أمين لان يده كيد المالك فانه يتقرر حق المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه عهده رجع به على الا خر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه فانه فى الحفظ عامل لنفسه فانه يتمكن به ماتقرر حقه فى الاجر فكان ضامنا ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها وان سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب وان كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وان أجرته ممن تلبسه بفضل أو نقصان فهى ضامنة للخلاف والاجر لها بالضمان وعليها التصدق به الا عند أبى يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليها بمنزلة ما لو غصبه انسان والاجر عليها ولا ضمان عليها لانها لم تخالف ولم تخرق ومن لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لانها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا فى عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها فى بيته وبيت فيها شهرا فهو جائز لان القبة من المساكن فان قيل لايمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الارض التى ينصب فيها القبة وذلك يمنع الاجارة كما لو استأجر أحد زوجى المقراض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وذلك موجود فالانسان لا يعدم الارض لينصب فيها القبة ولان المقصود بالقبة الاستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الارض وان لم يسم البيوت التى ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا لان ذلك لايختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير مفيد لا يفسد العقد وان سمى بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الاجر لان هذا تعيين غير مفيد فالضرر لايختلف باختلاف البيوت فان نصبها في الشمس أو المطر كان عليها فى ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك لانه يخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وانما رضى صاحبها بنصبها فى البيت ليأمن من ذلك واذا وجب عليه الضمان بطل الاجر لان الاجر والضمان لايجتمعان ولانه تملكها بالضمان من حين ضمن وان سلمت القبة كان عليه الاجر استحسانا لانه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وانما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فاذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط أن ينصبها فى داره فنصبها فى دار فى قبيلة أخرى فى ذلك المصر فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصر لان فيه الزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان أخرجها الى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت

فلا أجر عليه لانه غاصب حين أخرجها من المصر (ألاترى) انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلهذا لاأجر عليه واذا استأجر رحا يطحن عليه فحمله فذهب به الى منزله فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرحا ولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لعمل النقل فانما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل فى العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفى الاجارة على رب الرحا لان بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الاجر لرب الرحا فلهذا كانت مؤنة الرد عليه واذا استأجر منه عيدان حجلة أو كسوتها مدة معلومة جاز لانه عين منتفع به * والحاصل ان كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلى هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقدور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود عليه مجهول فان القدور مختلفة فى الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها فان جاءه بقدر فقبله على الكراء الاول فهو جائز والاجر له لازم اما لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء أو لان الاجارة تنعقد بالتعاطى كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابه وقتا معلوما ولو كفل كفيل بشئ من هذه الامتعة الاجر عن المستأجر فالكفالة باطلة لان العين أمانة فى يد المستأجر والكفالة بالامانات لاتصح والاجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان أعطاه بالاجر كفيلا فهو جائز لانه مضمون فى ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان والمكاييل فهذا كله متعارف جائز وان استأجر سرجا ليركبه شهرا فاعطاه غيره فركبه فهو ضامن لان هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لايضر به ركوبه ومن لايحسن الركوب عليه يضر به ركوبه واذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا أجر عليه واذا استأجر إكافا ينقل عليه حنطته شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك لان هنا تعيين غير مفيد وكذلك استئجار المحمل الى مكة وكذلك الرجل يستأجره ليركب عليه فهو جائز وليس له أن يحمل غيره عليه فان فعل فهو ضامن ان أصابه شئ للتفاوت بين الناس فى الاضرار بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسطاط يستأجره ليخرج به الى مكة فان أسرج فى الخيمة أو الفسطاط أو القبة أو علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لان ذلك معتاد وقد بينا أنه يستحق بمطلق العقد الاستعمال المعتاد وان اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لانه غير معتاد الا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن

رحمه الله قال لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه نأخذ فان البدل بمقابلة منفعة الحلي دون العين ولاربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم الحلي عين منتفع به واستئجاره معتاد فيجوز واذا شرطت أن تلبسه فالبست غيرها ضمنت ولا أجر عليها كما في الثياب لان الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس وان قال رب الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول في اسقاطه ويكون له عليها الأجر لان الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن الحلي كان عندها وذلك يوجب الأجر عليها ولو استأجرته يوما الى الليل فان بدالها لحبسته فلم ترده عشرة أيام فالاجارة عشرة أيام فالاجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه أو لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتعليق الاجارة بالخطر لا يجوز ولكني أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الاجر كل يوم بحسابه لان هذا الشرط متعارف محتاج اليه فانها اذا خرجت الى وليمة أو عرس لا تدرى كم تبقى هناك فتحتاج الى هذا الشرط لدفع الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا أن وجوب الأجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلهذا يلزمها الاجر لكل يوم تحبسه فيه والله أعلم

باب اجارة الدواب

(قال رحمه الله واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم بأجر مسمى فهو جائز وليس له أن يحمل عليها غيره) لان هذا تعيين مفيد فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك من قبل الثقل والخفة بل من قبل العلم والجهل فالثقيل الذى يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه والخفيف الذى لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه فان حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ماقررنا في الثوب وان ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله لانه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد فاذا سلمت سقط اعتبار الزيادة فعليه كمال الاجر لاستيفاء المعقود عليه وان عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الاجر كله لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره أو لا يردف ووجوب الاجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة لانه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنا وهذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كان

يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها وأما اذا كانت تطيق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير مأذون فيه فيتوزع الضمان علي ذلك نصفين وسواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف (قال) لانه لا يوزن لرجل فى القبان فى هذا أرأيت لو كان يوزن أيوزن قبل الطعام أو بعده أو قبل الخلا أو بعده والمعنى ماينا أن الضرر على الدابة ليس من ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصفين (فان قيل) حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة فقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الاجر (قلنا) هو بهذا الضمان لا يملك شيئا مما يشغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ماشغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه واذا استأجرها الى الجبانة أو الجنازة أو ليشيع عليها رجلا أو يتلقاه فهو فاسد الا أن يسمى موضعا معلوما لان المعقود عليه منفعة الركوب وذلك تتفاوت بحسب المسافة فاذا سمى موضعا معلوما صار مقدار المعقود عليه به معلوما والا فهو مجهول لا يصير معلوما ما ذكره من التشييع أو التلقي وان تكاراها من بلد الى الكوفة ليركبها فله أن يبلغ عليها منزله بالكوفة استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه لما دخل انتهي العقد لوجود الغاية فليس له أن يركبها بعد ذلك بدون اذن صاحبها ولكنه استحسن للعرف فالظاهر أنه يتبلغ المستأجر على الدابة التى تكاراها فى الطريق الى منزله ولا يتكارى لذلك دابة أخرى والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص (ألا ترى) أن الورام المتادفى بعض الاشياء يسمى بالعرف فكذلك هذه الزيادة ورام الطريق فى الاجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها ليحمل متاعا فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلى فاذا هو أخطأ فأراد أن يحمله ثانية الى منزله فليس له ذلك لان المستحق بالعرف قد انتهى حين حط رحله وقال هذا منزلى فبعد ذلك هو مدعى فى قوله قد أخطأت فلا يقبل قوله ولان الورام كان مستحقا له لكيلا يحتاج الى حط رحله ونقله الى دابة أخرى وقد زال ذلك المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكارى حمارا من الكوفة يركبه الى الحيرة ذاهبا وجائيا فله أن يبلغ عليه الى أهله بالكوفة اذا رجع كما لو تكارى من الكوفة الى الحيرة فأما اذا تكاري دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة الى الكناسة ذاهبا وجائيا فأراد أن يتبلغ فى رجعته الى أهله لم يكن له ذلك وانما له أن يرجع الى الموضع الذى تكارى عند الدابة لان الاستحسان فى الفصل الاول كان للعرف ولا عرف فيما تكاراها فى المصر من موضع الى موضع فيؤخذ

فيه بالقياس وربما يكون من ذلك الموضع الى منزله من المسافة مثل ماسمى أو أكثر ولا يستحق على سبيل الورام مثل المسمى في العقد أو فوقه فيقال له كما اكتريت من هذا الموضع الي الموضع الذى سميت فأ كتر الدابة من هذا الموضع الي منزلك وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا رددت الاجارة لجهالة المعقود عليه وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه المسمى استحسانا لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين في الابتداء وقد قررنا هذا فى الثوب وكذلك لو استأجر عبدا ولم يسم مااستأجره له واذا سمى مايحمل علي الدابة فحمل عليها غير ذلك فهذه المسئلة على أربعة أوجه وقد بيناها فى كتاب العارية فالاجارة في ذلك كله قياس العارية الا أن فى كل موضع ذكرنا هنالك أنه لا يصير ضامنا فالاجر واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هنالك أنه يكون ضامنا فلا أجر عليه هنا لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه فان المقصود عليه يختلف باختلاف المحمول وان اختلفا فقال رب الدابة أكريتك من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم وقال المستأجر ين الى بغداد بعشرة دراهم ولم يركبها تحالفا وترادا لان الاجارة فى احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة كالبيع فالنص الوارد بالتحالف فى البيع يكون واردا فى الاجارة وان أقام البينة ففى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله يقضى بالكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال الى بغداد بعشرة دراهم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله* وجه قوله الأول أن رب الدابة أثبت ببينته العقد من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم فوجب القضاء بذلك ببينته والمستأجر ببينته أثبت العقد من القصر الى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بينته على ذلك فاذا عملنا بالبينتين كانت له من الكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما * وجه قوله الآخر أنهما اتفقا علي مقدار الأجر وانما اختلفا فى مقدار المعقود عليه فالمستأجر يثبت الزيادة فى ذلك فكانت بينته أولى بالقبول كما لو أقام المستأجر البينة أنه زاده عقبه الاجير فى الكراء الى مكة وان تكارى دابة بسرج ليركب عليها فحمل عليها إكافا فركبها فهو ضامن بقدر ما زاد وفى الجامع الصغير قال هو ضامن جميع قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وفى قولهما يضمن بقدر مازاد* وجه قولهما أن الحمار يركب تارة بسرج وتارة بإكاف والتفاوت بينهما من حيث الثقل والخفة ما كان فى كل واحد منهما عادة وفى مثله الضمان بقدر الزيادة كما لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما وأبو حنيفة رحمه الله

يقول الاختلاف هنا فى الجنس من حيث أن الإكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذى لا يأخذه السرج فهو نظير مالو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا أو حطبا * توضيحه أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن لان الحمار الذي لا يألف الإكاف يضره الركوب بإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفا فى الكل كما لو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برذون لاتسرج بمثله الحمير فهو بمنزلة الإكاف وان أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن لان التعيين اذا لم يكن مفيدا فلا يعتبر وكذلك ان استأجره بإكاف فاوكفه بإكاف مثله أو أسرجه مكان الإكاف لان السرج أخف على الحمار من الإكاف فلا يكون خلافا منه ولو تكارى حمارا عريانا فأسرجه ثم ركبه فهو ضامن له لانه حمل عليه السرج بغير اذن صاحبه فكان مخالفا فى ذلك قال مشايخنا رحمهم الله وهذا علي أوجه فان استأجره من بلد الى بلد لم يضمن اذا أسرجه لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد عادة الا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط وان استأجره ليركبه في المصر فان كان من ذوى الهيئات فكذلك الجواب لان مثله لا يركب في المصر عريانا وان كان من العوام الذين يركبون الحمار فى المصر عريانا فحينئذ يكون ضامنا اذا أسرجه بغير شرط واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع فعطبت الدابة فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله ثم رجع فقال هو ضامن مالم يدفعها الى صاحبها وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الاول أنه كان أمينا فيها فاذا ضمن بالخلاف ثم عاد الى الوفاق عاد أمينا كالمودع * وجه قوله الآخر أنه بعد ما صار ضامنا بالخلاف لا يبرأ الا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد المستأجر يد نفسه لانه يمسكها لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا تبرأ عن الضمان وان عاد الى ذلك المكان لانه ينتفع بها لنفسه فى ذلك المكان بخلاف المودع فهناك يده قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسي رحمه الله فى هذا فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وبدليل أن مؤنة الرد على المالك فى الاجارة دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان الغرور فكذلك مؤنة الرد عليه لماله من المنفعة فى النقل فأما يد المستأجر يد نفسه والاشكال علي هذا الكلام ما تقدم أن المرأة اذا استأجرت

ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبسته بالليل كانت ضامنه ثم اذا جاء النهار برئت من الضمان ويدها يد نفسها ولكنا نقول هناك الضمان عليها باللبس لا بالامساك لان لها حق الامساك ليلا ونهارا واللبس الذى لم يتناوله العقد لم يبق اذا جاء النهار وهنا الضمان على المستأجر بالامساك فى غير المكان المشروط (ألا ترى) أنه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها كان ضامنا ولو حبسها في المصر أياما ولم يركبها كان ضامنا والامساك لا ينعدم وان عاد الى ذلك المكان مادام يمسكها لمنفعة نفسه ثم الكلام فى التفصيل بينما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لا جائيا قد تقدم فى العارية فهو مثله في الاجارة ولو لم يجاوز المكان ولكنه ضربها فى السير أو كبحها باللجام فعطبت فهو ضامن الا أن يأذن له صاحبها فى ذلك فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحسن أن لا يضمنه اذا لم يتعد فى ذلك وضرب كما يضرب الناس الحمار فى موضعه لانه بمطلق العقد يستفيد الاذن فيما هو معتاد والضرب والكبح باللجام فى السير معتاد وربما لا انقياد الدابة الا به فيكون الاذن فيه ثابتا بالعرف ولو أذن فيه نصا لم يضمن المستأجر به فكذلك اذا كان متعارفا والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله لانه ضربها بغير اذن مالكها وذلك تعد موجب للضمان وبيان أن المستحق له بالعقد سير الدابة لا صفة الجودة فيه وهو لا يحتاج الى الضرب والكبح فى أصل تسيير الدابة وانما يستخرج بذلك منها نهاية السير والجودة فى ذلك وثبوت الاذن بمقتضي العقد فيفتقر على المستحق بالعقد * توضيحه أنه وان أبيح له الضرب فانما أبيح لمنفعة نفسه فان حق المالك في الآخر يتمرر بدونه ومثله يقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج زوجته ورمى الرجل الى الصيد ومشيه فى الطريق مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما اذا أذن له المالك فيها نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وان استأجرها ليحمل عليها متاعا سماه الى موضع معلوم فأجرها بمثل ذلك باكثر مما استأجرها لم يطب له الفضل الا أن يزيد معها حبلا أو جوالق أو لجاما فحينئذ يجعل زيادة الاجر بأزاء ما زاد ولو علفها لم يطب له الفضل له لان العلف ليس بعين ينتفع به المستأجر انجعل الزيادة بمقابلته وان استأجرها بغير لجام فالجمها أو بلجام فنزعه وأبدله بلجام آخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر بالدابة وانما ينفعها من حيث أن السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافا من المستأجر الا اذا ألجمها بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ يكون مخالفا ضامنا واذا استأجر دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت الحمولة وفسدت وصاحب

المتاع يمشي مع رب الدابة أوليس معه فالمكارى ضامن لان المكارى أجير مشترك والتلف حصل بجناية يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل فهذا من جناية يده لانه لما شده بحبل لايحتمله كان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء ففسد الحمل أو اصابته الشمس ففسد أوسرق من ظهر الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن في قول من يضمن الاجير لان التلف حصل لا بفعله على وجه يمكن التحرز عنه وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله قال اذا كان صاحب الحمل معه فسرق لم يضمن المكارى لان الحمل في يد صاحبه والاجير المشترك انما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع في يد صاحبه لم يضمن الاجير اذا تلف بغير فعله فان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة فعثرت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جناية ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام ان مايجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من جنس ضمان العقد (ألا ترى) أنه يجب على العاقلة مؤجلا ووجوب الضمان على الاجير المشترك فيما جنت يده باعتبار العقد فلا يلزمه ما ليس من جنس ضمان العقد فاما ضمان المتاع من جنس ضمان العقد حتى يكون عليه حالا دون العاقلة وبيان هذا الكلام ان على أحد الطريقين يقيد العقد بصفة السلامة بمقتضى عقد المعاوضة وعلى الطريق الآخر العمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فعرفنا أن الضمان على الطريقين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب الرجل وأفسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا أما لانه لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك ضمان الجناية ولا يضمن المتاع لان متاعه في يده معناه أن العمل فيه يصير مسلما بنفسه فيخرج من ضمان رب الدابة واذا تكارى من رجل دابة شهرا بعشرة دراهم على أنه متى مابداله من ليل أونهار حاجة ركبها لايمنعه منها فان كان سمى بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز وان لم يكن سمى مكانا فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه لا يصير معلوما ببيان المدة اذا لم يكن الركوب مستغرقا بجميع المدة وانما يصير معلوما ببيان المكان فالم يبين ذلك لايجوز وان تكاراها يوما يقضي حوائجه في المصر فهو جائز لان الركوب هنا مستدام في المدة المذكورة ولان نواحي المصر في حكم مكان واحد ولهذا جاز عقد السلم اذا شرط الايفاء في المصر وان لم يبين موضعا منه فاذا كان نواحي المصر كمكان واحد كان له أن يركب الى أي نواحي المصر شاء والى الجنازة ونحوها لان المقابر من فناء المصر وليس له أن يسافر عليها لانه

استأجرها للركوب في المصر وان تكاراها الى واسط يعلفها ذاهبا وجائيا فركبها حتى أتى واسط فلما رجع حمل عليها رجلا معه فعطبت فعليه أجر مثلها في الذهاب لان الاستئجار بعلفها فاسد لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بعقد فاسد فعليه أجر مثلها في الذهاب ونصف أجر مثلها في الرجوع لانه استوفي في الرجوع منفعة نصفها وهو ماشغلها بركوب نفسه فلذلك يلزمه نصف أجر المثل وقد ذكر قبل هذا في الاجارة الصحيحه أنه اذا ركبها وأردف فعليه جميع المسمى ومن أصحابنا رحمه الله من يقول لان في الاجارة الصحيحة يجب الاجر بمجرد التمكن وفي الفاسد لايجب الاجر الا باستيفاء المنفعة ولهذا يلزمه بقدر ما استوفى (قال) رضي الله عنه وهذا ليس بقوي عندي في الموضعين جميعا فبالتمكن من الاستيفاء يجب أجر المثل وفي العقد الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح أنه لا فرق في الحقيقة انما يجب أجر المثل بحسب ما استوفى من المنفعة فيتضاعف أجر مثلها اذا أردف فاذا أوجبنا عليه نصف أجر مثلها فقد أوجبنا من أجر المثل جميع مايخص ركوبه وكذلك عند صحة العقد فان جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف أجر المثل هنا ثم يكون ضامنا نصف قيمة الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لانه مخالف له في ذلك ويحسب ماعلفها به لانه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب عليه صاحبها من الاجر وان تكارى دابة عشرة أيام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر قال يسع صاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم أنه لم يركبها لانه أتى بما يستحقها بما هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة اليه وتمكينها من ركوبها في المدة فيطيب له الاجر كالمرأة اذا سلمت نفسها الى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم أن زوجها لم يطأها وان تكاراها يوما واحدا فلا أجر عليه فيما حبسها بعد ذلك وان أنفق عليها فهو متطوع في ذلك الا أن يكون بأمر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها الى بيت زوجها فحبس الدابة حتى أصبح ثم ردها ولا يركب فلا كراء عليه لانه لم يوجد تسليم المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق لنقل العروس وذلك لايوجد عند حبس الدابة في البيت وان حملوا عليها غير العروس فان تكاراها العروس بعينها فهو ضامن ولا كراء عليه لانه غاصب مخالف وان تكاراها لعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعليه الكراء استحسانا لان المستحق بالعقد قد استوفى والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وان تكاراها على

أن يركب مع فلان يشيعه فحبسها من غدوة الى انتصاف النهار ثم بدا للرجل أن لا يخرج فرد الدابة عند الظهر فان كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها أكثر من ذلك فهو ضامن لامساكه إياها في غير المكان المشروط الا أن قدر ما يحبس الناس صار مستثناله بالعرف ولاأجر عليه في الوجهين لانه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة فى الطريق ولا يوجد ذلك اذا حبسها فى المصر ولان صاحب الدابة متمكن من أن تسير الدابة معه الى الطريق وان ركبها بعد الحبس فلا أجر عليه أيضا لانه صار ضامنا بالخلاف فيكون كالغاصب لا يلزمه الاجر اذا عطبت لاستناد ملكه فيها الى وقت وجوب الضمان عليه وان تكارى دابة بغير عينها الى حلوان فتجت فى الطريق وضعفت من حمل الرجل لاجل الولادة فعلى المكارى أن يأتى بدابة أخرى تحمله ومتاعه لانه التزم بالعقد العمل فى ذمته فعليه الوفاء بما التزم (ألا ترى) أن هذه الدابة لو هلكت كان عليه أن يأتى باخرى فكذلك اذا ضعفت الا أن يكون الكراء وقع على هذه بعينها فحينئذ المعقود عليه منافعها ولا يتأتى استيفاء ذلك من دابة أخرى بل يكون عذرا فى فسخ الاجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم أن رب الدواب أجر دابة من غيره وأعار أخرى ووهب أخرى أو باع فوجد المستكرى الدواب فى أيديهم فان كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقضت الاجارة على رواية هذا الكتاب وقد بيناه وان باع من غير عذر فالبيع مردود والمستكرى أحق بالدواب لتقدم عقده وثبوت استحقاق المنافع له واليد فى العين بذلك العقد الا أن ماوجده فى يد المستعير فلا خصومة بينهما حتى يحضر رب الدواب لان يد المستعير ليس بيد الخصومة وما وجده فى يد الموهوب له فهو خصم فيها لانه يدعى ملك عينها فيكون خصما لمن يدعي حقا فيها وأما الاجارة فالمستأجر أحق بها حتى يستوفي الاجارة وهذا جواب مبهم فانه لم يبين أى المستأجرين أحق بها فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده الاول والثانى يكون خصما له لان الاول يدعى ما يزعم الثانى أنه له فيكون خصما له فى ملكه ولكن الاصح أن المستأجر الثانى لا يكون خصما للأول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لانه لا يدعى ملك عينها لنفسه ولو تكارى غلاما ودابة الي البصرة بعشرة دراهم ذاهبا وجائيا وقد شرط لهم درهما الى الكوفة فأبق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة لانه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقي بالهلاك والإباق وقد

كان أمينا فيهما ولا ضمان عليه وان استأجر الدابة وحدها وقال المكارى استأجر غلاما في
كى تتبعك و تتبع الدابة وأجره علي وأعطاه نفقة ينفق علي الدابة ففعل المستأجر وسرقت
النفقة من الغلام فان أقام المستأجر البينة أنه استأجر الغلام وأقر الغلام بالقبض لزم المكارى
النفقة ضاعت أولم تضع والا فلا شئ عليه لانه فى استئجار الغلام وكيل صاحب الدابة
وقد أثبته بالبينة فيجعل كأن صاحب الدابة استأجره بنفسه ثم الغلام وكيل المكارى فى قبض
النفقة منه فاقراره بالقبض كاقرار صاحب الدابة ولو تكاراها الى بغداد بعشرة دراهم وأعطاه
الاجر فلما بلغ بغداد رد عليه بعض الدراهم وقال هى زيوف أو استوقه فالقول قول رب
الدابة فى ذلك ان لم يكن أقر بشئ لانه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم فالقول
قوله فيما يزعم أنه زيوف لان الزيوف من جنس الدراهم فلا يصير به مناقضا ولا يقبل قوله
فيما يزعم أنه أستوق لانه مناقض فى كلامه فالستوق ليس من جنس الدراهم وان كان أقر
باستيفاء الاجرة أو باستيفاء حقه أو باستيفاء الجياد فلا قول له بعد ذلك فيما يدعى لكونه
مناقضا واذا مات المكارى في الطريق فاستأجر المستكرى رجلا يقوم على الدابة فالأجر
عليه وهو متطوع فى ذلك فهو كما لو أنفق على الدابة وان نفقت الدابة في الطريق فعليه
من الكراء بقدر ماساروا والقول فى ذلك قوله لانهما تصادقا على أنه لم يستوف جميع المعقود
عليه وانما اختلفا فى مقدار ما استوفى أو فى مقدار مالزمه من الاجر فرب الدابة يدعى
الزيادة والمستكري منكر لذلك وان تكارى دابتين احديهما الى بغداد والاخرى الي حلوان
فان كانت التى الي بغداد بعينها والتى الي حلوان بعينها جاز العقد لان المعقود عليه معلوم وان
كانت بغير عينها لم يجز لجهالة فى المعقود عليه علي وجه يفضى الى المنازعة وعليه فيما ركب
أجر مثله ولا ضمان عليه اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وان تكاري بغلا الى بغداد فأراد
المكاري أن يحمل متاعا له أو لغيره بكراء مع متاع فللمستكرى أن يمنعه من ذلك لان
بالعقد استحق منافعه وقام هو فى ذلك مقام المالك والمالك مقام الاجنبي فان حمله وبلغ الدابة
بغداد لم يكن للمستكرى أن يحبس عنه شيئا من الاجر لذلك لانه حصل مقصوده بكماله
واستوفى ما استحقه بالعقد فاذا اختلف المؤاجران في مقدار الكراء فالقول قول المستأجر لانهما
يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الاجارة لايحتمل الفسخ فكان القول قول
المنكر للزيادة وان أقام المؤاجر ان البينة فلكل واحد منهما نصف ماشهد به شهوده لان

كل واحد منهما يثبت حق نفسه وحق صاحبه وبينة كل واحد منهما على اثبات حقه أولى بالقبول ولان كل واحد منهما مكذب ببينة صاحبه فلا تكون تلك البينة حجة فى نصيبه وان تكاراها على أنه بالخيار ساعة من نهار فركبها على ذلك فعطبت فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان ركوبه اياها فى مدة خياره دليل الرضا منه بسقوط الخيار فانه مستوف للمعقود عليه متلف فلزمه الاجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن فى العقد خياله وان كان الخيار لصاحب الدابة فالمستكرى ضامن لها ولا أجر عليه لانه غاصب فى ركوبها قبل أن يتم رضى صاحبها به فاذا شرط الخيار يعدم تمام الرضاء. ولو تكارى حمارا يطحن عليه فأوثقه فى الرحا وساقه الاجير فتعسف عليه الاجير حتى عطب من عمله فالأجير ضامن لانه متلف له بالتعسف في سيره ولم يكن مأمورا بذلك من جهة المستأجر ليتنقل فعله اليه فلهذا لا شئ على المستأجر منه وان استأجر ثورا يطحن عليه كل يوم عشرة أقفزه فوجده لا يطحن الا خمسة أقفزة فالمستأجر بالخيار لانه يغير عليه شرط عقده فاذا شاء أبطل الاجارة عليه فيما بقى عليه وفيما عمل من الطحن بحساب ماعمل من الايام ولا يحط عنه من ذلك شيئا لان المعقود عليه منفعة الثور فى المدة وقد استوفي ذلك واشتراط عشرة أقفزة فى كل يوم ليس لا يراد العقد علي العمل بل لبيان جلادة الثور فى عمل الطحن فلهذا لا ينتقص عنه شئ من الاجر فيما عمل من الايام. ولو تكارى دابة الي بغداد فوجدها لا تبصر بالليل أو جموحا أو عثورا أو تعض فان كانت الدابة بعينها فله الخيار لتغيير شرط العقد عليه وعليه من الاجر بحساب ما سار لانه استوفي المعقود عليه بقدره وان كانت بغير عينها فله أن يبلغه الى بغداد على دابة غيرها لانه التزم العمل فى ذمته وهذا اذا قامت البينة على عيب هذه الدابة لان دعوى المستأجر العيب غير مقبولة الا بحجة ولو تكاري بعيرا ليعمل عليه عملا على النصف (قال) كان أبو حنيفة رحمه الله يقول اذا كان ينقل الحمل على البعير فالأجر كله لصاحب البعير لانه بدل منفعة بعيره والمدفوع اليه نائب عنه في الاكراء وللذى يعمل عليه أجر مثله على صاحب البعير لانه ابتغى عن منافعه عوضا وقد سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له العوض بمقابلته فعليه أجر المثل له وان كان الرجل يحمل عليه المتاع ليبيعه فما اكتسب عليه من شئ فهو له لانه عامل لنفسه فيما اكتسب بالبيع والشراء وعليه أجر مثل البعير لان صاحب البعير ابتغى عن منافع بعيره عوضا ولم يسلم له ذلك. رجل تكارى غلاما ليذهب له بكتاب الى بغداد فقال الغلام قد

ذهبت بالكتاب وقال الذى أرسل اليه الكتاب لم يأتنى به فعلى الغلام البينة على مايدعى لانه يدعى ايفاء المعقود عليه وان أقام البينة أنه قد دفع الكتاب اليه كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وله الأجر علي المرسل دون من حمل الكتاب اليه وان قال المرسل اليه أعطيته أجرة عشرة دراهم فعليه البينة على ذلك كما لوكان المرسل هو الذى يدعى ايفاء الأجر وان أقام الغلام البينة أنه قد أتى بغداد بالكتاب فلم يجد الرجل فله الأجر لانه أتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة الى بغداد مع الكتاب كما أمر به ثم ان كان استأجره ليذهب بالكتاب ويأتى بالجواب فله أجر حصة الذهاب دون الرجوع لانه في الرجوع غير ممتثل أمره ولاعامل له حين لم يكن الجواب معه واذا عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل فلا أجر له فى قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له مايخص الذهاب من الاجر لانه فى الذهاب عامل له كما أمر به فتقرر حقه في الاجر بقدره كما لو ترك الكتاب هناك عند أهل من أرسل اليه وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل طعاما الى بغداد فحمله ثم عاد به لان استحقاق الاجر هناك بنقل الطعام من مكان الى مكان وقد نقض ذلك حين عاد بالطعام فلم يبق تسليم شئ من المعقود عليه وهنا الاجر له بقطع المسافة اذ ليس للكتاب حمل ومؤنة فلا يصير بالرجوع ناقصا عمله سواء عاد بالكتاب أولم يعد وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان شئ من مقصود الامر لم يحصل بعمله فلايستوجب الاجر عليه كما لو ذهب من جانب آخر وبيان ذلك أن مقصود الامر أن يصل الكتاب الى المرسل اليه ويصل الجواب اليه وحين عاد بالكتاب صار الحال كما قبل ذهابه من حيث أن شيئا من مقصود الامر غير حاصل فاما اذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب اليه اذا حضر وقف على مافى الكتاب ويبعث بالجواب على يد غيره فلحصول بعض المقصود هناك ألزمناه حصة الذهاب من الاجر ٠ رجل تكارى دابة الى مكان معلوم ولم يقل أركبها بسرج ولا إكاف فجاء بها المكاري عريانة فركبها بسرج أو إكاف فعطبت (قال) ان كان يركب فى ذلك الطريق مثل تلك الدابة باكاف أو بسرج فلا ضمان عليه وان كانت لا تركب الا بسرج فركب باكاف فهو ضامن لانه بمطلق العقد يستحق استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا خالف ذلك صار ضامنا. ولو تكارى من الفرات الى جعفى (وجعفى) قبيلتان بالكوفة ولم يسم أى القبيلتين هى أو الى الكناسة ولم يسم أى الكناستين أوالى بجيله ولم يسم أيهما هى الظاهرة أو الباطنة فعليه

أجر مثلها لان المعقود عليه مجهول فكان العقد فاسدا واستيفاء المنفعة بحكم العقد الفاسد يوجب أجر المثل ومثله بخارا اذا تكاراها الى السهلة ولم يبين أى السهلتين هى سهلة قوت أوسهلة أمير أوتكاراها الى حسون ولم يبين أى القريتين ولو تكارى عبدا مأذون أوغير مأذون بنصف مايكتسبه على هذه الدابة فالاجارة فاسدة لجهالة الاجر ولانه جعل الاجر بعض ما يحصل بعمله فالاجارة فاسدة وله أجر مثله فيما عمل له ان كان مأذونا أواستأجره من مولاه وان كان غير مأذون ولم يستأجره من مولاه فان عطب الغلام كان ضامنا لقيمته لانه غاصب له حين استعمله بغير اذن مولاه ولا أجر عليه لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه لانه غاصب له ضامن * وجه الاستحسان ان العقد الذى باشره العبد يتمحض منفعة اذا سلم من العمل لانه ان اعتبر وجب الاجر وان لم يعتبر لم يجب شئ والعبد المحجور عليه غير ممنوع عما يتمحض منفعة كقبول الهبة والصدقة ولان عقد اكتساب محض اذا سلم من العمل فهو كالاحتطاب والاصطياد اذا باشره العبد بغير اذن مولاه وهذا لان الحجر لدفع الضرر عن المولى وفيما لاضرر عليه لاحجر وان تكاراها الى بغداد على إن بلغه اليها فله رضاه فبلغه اليها فقال رضائى عشرون درهما فله أجر مثلها لجهالة الاجر عند العقد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد الا أن يكون أجر المثل أكثر من عشرين درهما فلا يزاد عليه لانه رضي بهذا المقدار وأبرأه عن الزيادة وان تكاراها بمثل ما يكارى به أصحابه أو بمثل مايتكارى به الناس فعليه أجر مثلها لان المسمى مجهول فالناس يتفاوتون في ذلك فمن بين مسامح ومستقصى. وان تكارى دابة من الكوفة الى مكان معلوم من فارس بدراهم أودنانير فعليه نقد الكوفة ووزنها لان السبب الموجب للاجر هو العقد وان تأخر الوجوب الي استيفاء المعقود عليه والعقد كان بالكوفة فينصرف مطلق التسميه الى وزن الكوفة ونقدها وهذا لان عمل العرف فى تقييد مطلق التسمية والتسميه عند العقد لا عند استيفاء المنفعة فلهذا يعتبر مكان العقد فيه وان تكاراها الي فارس ولم يسم مكانا معلوما منها فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فقد سمى ولاية مشتملة علي الامصار والقرى فاذا لم يبين موضعا منها فالمنازعة تتمكن بينهما من حيث أن المكارى يطالبه بالركوب الى أدنى ذلك الموضع وهو يريد الركوب الى أقصى تلك الولاية ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ومثله فى ديارنا اذا تكارى دابة الى فرغانة أو الى سمد وان تكارى الي الرى ولم يسم

مدينتها ولا رستاقا بعينه فالعقد فاسد أيضا وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن العقد جائز وجعل الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة مالو تكاراها الى سمرقند أواوزجند ولكن في ظاهر الرواية قال اسم الري يتناول المدينة ونواحيها فاذا لم يبين المقصد يمكن جهالة فيه تفضي الي المنازعةفان ركبها الي أدنى الري فلهأجر مثلها لايزاد علي ماسمى لان المكارى رضي بالمسمى الىأدنى الرى فان ركبها الى أقصي الري فله أجر مثلها لاينتقص ماسمى لان المستكرى قد التزم المسمى الىأقصي الرى فلا ينتقص عنه ويزاد عليه اذا كان أجر المثل أكثر من ذلك لان المكارى اذا رضى بالمسمى الي أدنى الرى فلا يصير راضيا الى أقصي الرى ومثله فى ديارنا اذا استأجرها الى بخارى فهو اسم للبلدة بنواحيها فأول حدود بخارى كرميفيةوآخره فربر وبينهما مسافة بعيدة فالتخريج فيه كتخريج مسئلة الرى وان تكاراها من الكوفة الى بغداد وعلى أنه أدخله بغداد فى يومين فله عشرة والا فله درهم فهذا من الجنس الذى تقدم بيانه أن عند أبى حنيفة رحمه الله التسمية الاولى صحيحة والثانية فاسدة وعندهما تصح التسميتان وقد بينا ذلك فى الخياط . رجل تكاري دابة من رجل بالكوفة من الغداة الى العشى (قال) يردها عند زوال الشمس لان مابعد الزوال عشىّ قيل فى تفسير قوله تعالى أن سبحوا بكرة وعشيا قبل الزوال وبعد الزوال وكذلك فى قوله تعالي ولا تطرد لذين يدعون ربهم بالغداة والعشى أن الغداد قبل الزوال والعشى مابعده وفى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى أحد صلاتى العشاء إما الظهر أو العصر اذا ثبت هذا فنقول جعل العشي غاية والغاية لا تدخل فى الاجارة فان ركبها بعد الزوال ضمنها لان العقد انتهى بزوال الشمس فهو غاصب فى الركوب بعد ذلك وان تكاراها يوما ركبها من طلوع الفجر الثانى الى غروب الشمس لان اليوم اسم لهذا الوقت (ألاترى) أن الصوم يقدر باليوم شرعا وكان من طلوع الفجر الى غروب الشمس وكذلك القياس فيما اذا استأجر أجيرا يوما الا أن الاجير مالم يفرغ من الصلاة لايشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس فيه لهذا ولا يوجد هذا المعنى فى استئجار الدابة وان تكاراها ليلة ركبها عند غروب الشمس فيردها عند طلوع الفجر فان بغروب الشمس يدخل الليل بدليل حكم الفطر ولم يذكر اذاتكاراها نهارا وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول انما يركبها من طلوع الشمس الى غروب الشمس فان النهار اسم الوقت من طلوع الشمس «قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجما» فلا يدخل فى ذلك الفجر ولا المغرب

وانما سمى نهارا لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ولكن هذا اذا كان من أهل اللغة يعرف الفرق بين اليوم والنهار فان العوام لايعرفون ذلك ويستعملون اللفظين استعمالا واحدا فالجواب في النهار كالجواب فى اليوم وان تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجته لم يجز العقد الا أن يبين المكان لان المعقود عليه لايصير معلوما الابذكر المكان ولا ضمان علي المستاجر في الدابة اذا هلكت وهى فى يده علي اجارة فاسدة لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز ولانه فى الوجهين مستعمل للدابة باذن المالك وان استحقت الدابة من يد المستأجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذى أجرها منه لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه ولايملكها المستأجر بضمان القيمة لان الملك فى المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الاجر ولاأجر للمستحق على أحد لان وجوب الاجر بعقد باشره الاجر فيكون الاجر له خاصة وان تكاري دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم فالاجارة جائزة لان المعقود عليه منفعة الدابة فى المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان عطبت من العمل الا أن يكون شيئا فاحشا لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا جاوز ذلك كان مخالفا ضامنا وان تكاراها الى بغداد وركبها وخالف المكان الذى استأجرها اليه (قال) الكراء لازم له فى مسيره قبل الخلاف لانه استوفي المعقود عليه فى ذلك القدر كما أوجبه العقد وهو ضامن للدابة فيما خالف ولاأجر عليه بعد ما صار ضامنا لها وان تكاراها ليحمل عليها انسانا فحمل امرأة ثقيلها برحل أو بسرج فعطبت الدابة فلاضمان عليه ولا علي المرأة لانه مستوفى للمعقود عليه فالمسمى فى العقد انسان وهى انسان وان كانت ثقيلة الا أن يكون أن مثل تلك الدابة لايطيق حملها فحينئذ يكون اتلافا موجبا للضمان وقد تطرف فى العبارة حيث وضع هذه المسئلة فى النساء دون الرجال لان الثقل بهذه الصفة فى الرجال مذموم وفى النساء محمود وان تكارى يوما الى الليل بدرهم فأراه الدابة على أريها وقال اركبها اذا شئت فلما جاء الليل تنازعا في الكراء والركوب فان كانت الدابة دفعت الى المستأجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المعقود عليه فيتمكن المستأجر من الاستيفاء وان كان لم يدفعها فلا أجر عليه لانه لم يسلم المعقود عليه اليه وعلى رب الدابة البينة أنه قد ركبها لانه يدعى استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر فعليه أن يثبت ذلك بالبينة وان تكاراها الي الحيرة فى حاجة له فقال دونك الدابة

فأركبها فلما كان في قدر مايرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق الى الحيرة (قال) اذاحبسها في قدر ما يذهب الى الحيرة ويرجع فلا أجر عليه اذا لم يذهب لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك اذا كانت الدابة على أريها في البيت وان دفعها اليه وقال لم أذهب بها ان علم أنه توجه الى الحيرة فقال رجعت ولم أذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه الى الحيرة ومضى من الزمان بعد ذلك مقدار مايذهب من ويجيء فالظاهر أنه قد أتى الحيرة فهو في قوله رجعت يدعى خلاف مايشهد به الظاهر وان ردها من ساعة فلا أجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحقاقه بالعقد عند تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه فانما يثبت بالظاهر لانه تمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستأجر انى رجعت قبل أن آتى الحيرة ولو تكارى دابة من رجل الى بغداد على أن يعطيه الأجر اذا رجع من بغداد فمات المستأجر ببغداد فالاجر الى بغداد دين في ماله لانه استوفى المعقود عليه في ذلك القدر ثم انتقضت الاجارة بموته وسقط الاجل أيضا فكان أجر ذلك المقدار دينا في تركته كسائر الديون والله أعلم

تم الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط

ويليه السادس عشر أوله باب انتقاض الاجارة

﴿ فهرست الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت الفهرست ﴾